Die Einlage des ganzen Geschäftes eines Einzelkaufmannes in eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung bei der Gründung und bei der späteren Kapitalserhöhung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Rensing
aus Dorsten i. Westf.

Approbiert am 29. Juli 1929.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1930

80:229

Referent: Univ.-Prof. Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Geheimrat Professor D. Dr. Emil Sehling †

Ende November 1928 vernahm ich die Trauerkunde von dem Ableben des allseits verehrten und beliebten Lehrers und Menschenfreundes des Herrn Geheimrat Professor Dr. Sehling, der zuerst das Referat für diese Arbeit übernommen hatte. Sein hervorragendes Wissen, seine edle Vornehmheit und die seltene Herzensgüte, insbesondere aber das innige und warme Verständnis für seine Schüler, haben ihm ein unauslöschliches Andenken gesichert. Da auch ich sein gütiges Wesen und freundliches Entgegenkommen mehrmals wohltuend empfinden durfte, fühle ich in mir das dringende Herzensbedürfnis, seiner an dieser Stelle ehrend zu gedenken.

Meinen lieben Eltern
aus Dankbarkeit gewidmet

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A.

§ 1. Einleitung 1

B.

§ 2. I. **Der Rechtscharakter der Gründergesellschaften** . . . 3
1. der AG. 3
2. der GmbH. 7

II. **Die rechtliche Natur des Sacheinlagegeschäftes** . . 7
1. des Sacheinlageversprechens 7
§ 3. a) die Vertragsnatur des Sacheinlageversprechens 8
α) bei der Gründung der AG. 8
β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG. 12
γ) bei der Gründung der GmbH. 13
δ) bei der Kapitalserhöhung der GmbH. . . 14
§ 4. b) das Sacheinlageversprechen als gesellschaftsrechtlicher Vertrag 15
α) bei der Gründung der AG. 15
β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG. 17
γ) bei der Gründung der GmbH. 18
δ) bei der Kapitalserhöhung der GmbH. . . 18
§ 5. 2. der Sacheinlageleistung 19
a) überhaupt 19
b) Sacheinlage und gemischte Sachbareinlage . . 19
α) bei der Gründung der AG. 19
β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG. 21
γ) bei der Gründung der GmbH. 21
δ) bei der Kapitalserhöhung der GmbH. . . 23

III. **Die durch die Einlage des Geschäftes entstehende Rechtslage im Einzelnen** 23
1. Bei glatter Abwicklung des Einlagegeschäftes . . 23
§ 6. a) Form des Einlageversprechens 23
α) bei der Gründung der AG. 23
β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG. 25
γ) bei der Gründung der GmbH. 26
δ) bei der Kapitalserhöhung der GmbH. . . 26
§ 7. b) Der Kaufmann muß nicht Eigentümer des einzulegenden Geschäftes sein 27
§ 8. c) Leistungszeit 27
α) bei der Gründung und Kapitalserhöhung der AG. 27
β) bei der Gründung und Kapitalserhöhung der GmbH. 28

Seite

§ 9. d) Anwendbarkeit der §§ 7/II, 8/II GmbHG. auf Sacheinlagen 28
§ 10. e) Zeit des Geschäftserwerbes durch die Gesellschaft 33
α) bei der AG. 33
β) bei der GmbH. 33
§ 11. f) Firmenrecht 34
α) bei der AG. 34
aa) Uebergang von Forderungen und Schulden 34
bb) Nutznießung während der Zwischenzeit 35
β) bei der GmbH. 36
2. Bei Unregelmäßigkeiten in der Abwickelung des Einlagegeschäftes 37
§ 12. a) Anfechtbarkeit des Illationsversprechens . . 37
α) bei der AG. 37
β) bei der GmbG. 37
§ 13. b) Unwirksamkeit des Sacheinlageversprechens . 38
α) bei der Gründung der AG. 38
β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG. 39
γ) bei der Gründung der GmbH. 39
δ) bei der Kapitalserhöhung der GmbH. . . 39
§ 14. c) Verschleierte Sacheinlagen, Nachgründung insbesondere 40
3. Haftungs- und Schutzmaßnahmen 41
§ 15. a) Haftung für Sacheinlagen 41
α) bei Gründung der AG. 41
β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG. 43
γ) bei der Gründung und Kapitalserhöhung der GmbH. 43
§ 16. b) Kaduzierung und Einziehung 43
α) bei der AG. 44
β) bei der GmbH. 44
§ 17. c) Schutzmaßnahmen 45
α) für die AG. unter Berücksichtigung der Nachgründung 45
β) für die GmbH. 47

C.

Schluß 48
§ 18. Strafvorschriften 48

Literaturverzeichnis IX
Judikaturverzeichnis X
Verzeichnis der Abkürzungen XI

Literatur-Verzeichnis.

Bing, Schmidt II, Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bd. I u. II, Berlin und Leipzig 1926/27.

Brand Arthur, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911.

Brodmann Erich, Kommentar zum Aktienrecht, Berlin-Leipzig 1928.

— Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft m.b.H., Berlin-Leipzig 1924.

Cosack Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts, VII. Auflage, Stuttgart 1910.

— Lehrbuch des Handelsrechts, Auflage X u. XI, Stuttgart 1925.

Fischer Rudolf, (Ehrenberg Bd. III, Abt. I), Das Aktienrecht, Leipzig 1916.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (Handausgabe) XII. Auflage, München 1925.

Freymut A., Die GmbH. in der Rechtsprechung der Deutschen Gerichte von 1911—1916, Köln 1919.

Goldmann Samuel, Das Handelsgesetzbuch, Band I, Berlin 1900 und Band II, Berlin 1905.

Hausmann Hermann, Die Gründung der Aktiengesellschaft, Diss. Halle-Saale 1911.

Haux Friedrich, Die Sacheinlage bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Borna-Leipzig 1914.

Ihlder Fritz, Die Erhöhung des Grundkapitals bei den Aktiengesellschaften, Diss. Bremen 1905.

Koenige, Pinner, Bondi, Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch Auflage XII u. XIII, Bd. II, Berlin und Leipzig 1926.

Kriebel, Hans, Die Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Hirschberg/Riesengebirge 1928.

Lehmann Karl, Das Recht der Aktiengesellschaften, Band I, Berlin 1898 und Band II 1904.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bd. II, das Handelsgesetzbuch, Auflage II, Berlin 1913.

Liebmann-Saenger, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Auflage VII, Berlin 1927.

Litthauer-Mosse, Das Handelsgesetzbuch. XIII. Auflage, Berlin 1905.

Makower, Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Bd. I, Auflage XIII, Berlin 1906.

Merzbacher Sigmund, Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aufl. VIII, München 1922.

Müller-Erzbach Rudolf, Deutsches Handelsrecht II.—III. Auflage, Tübingen 1928.

Neukamp-Becker, Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1922.
Noppel Adolf, Der Sacheinlagevertrag bei der Gründung von Aktiengesellschaften. Diss. Borna-Leipzig 1912.
Parisius-Crüger-Crecelius, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Systematik und Kommentar, V. Auflage, Berlin und Leipzig 1922.
Rehm Hermann, Die Einlage von Sachgesamtheiten bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschr. Haftung, Abhandlung im Archiv für bürgerl. Recht (Kohler-Ring-Oertmann) Berlin, Jahrgang 1903, Band 22, S. 119 und in der Zeitschr. f. d. gesamte Aktienwesen (Herder-Ichenhäuser) Berlin 1903, Jhg. XIII, Nr. 7/8.
Rehm Hermann, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschr. Haftung, München, Berlin, Leipzig 1914.
Ritter Karl, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.
Saassen Konrad, Die Gründung der Gesellschaft mit beschr. Haftung, Diss. Würzburg 1911.
Scholz Martin, Kommentar zum Ges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Köln 1928.
Stammler Rudolf, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts, Abhandlung Gießen, 1907.
Takaki, Kurrakichi, Die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister und die Haftung der Gesellschafter aus der Gründung und aus der Zeichnung, Diss. Heidelberg 1906.

Judikatur-Verzeichnis.

RGZ.

B. 2, S. 303,
B. 22, S. 24,
B. 25, S. 55,
B. 32, S. 248,
B. 58, S. 553,
B. 60, S. 94,
B. 68, S. 271,
B. 68, S. 273,
B. 82, S. 121,
B. 82, S. 303,
B. 83, S. 370,
B. 84, S. 337,
B. 84, S. 373,
B. 87, S. 164,
B. 98, S. 350,
B. 105, S. 228,
B. 106, S. 176.

ROHG.

B. 22, S. 194.

RG. in JW.

Jahrg. 1908, S. 310.

RGStr.

B. 36, S. 73,
B. 37, S. 27
B. 43, S. 250,
B. 48, S. 153,

KGJ.

B. 31, S. 127,
B. 35, S. 171,
B. 38, S. 165.

OLGR.

B. 1, S. 248,
B. 16, S. 112,
B. 23, S. 311.

RJA.

B. 1, S. 247.

RFH.

B. 10, S. 22.

Verzeichnis der Abkürzungen.

a. a. O.	=	am angeführten Orte,
Abs.	=	Absatz,
ADHGB.	=	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch,
AG.	=	Aktiengesellschaft,
B.	=	Band,
BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch,
EGHGB.	=	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch,
GmbH.	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG.	=	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,
HGB.	=	Handelsgesetzbuch,
Jahrg.	=	Jahrgang,
JW.	=	Juristische Wochenschrift,
KG.	=	Kammergericht,
KGJ.	=	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
Komm.	=	Kommentar,
OLG.	=	Oberlandesgericht,
OLGR.	=	das Recht der Oberlandesgerichte,
RFH.	=	Entscheidungen des Reichsfinanzhofes,
RG.	=	Reichsgericht,
RGStr.	=	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen,
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsach ,
RJA.	=	Sammlung von Entscheidungen des Reichsjustizamtes,
ROHG.	=	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts,
S.	=	Satz oder Seite,
StrGB.	=	Strafgestzbuch,
Ziff.	=	Ziffer.

Anmerkung: Mit der im Text der Arbeit angegebenen Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes sind die betreffenden Paragraphen des jetzt geltenden Handelsgesetzbuches gemeint.

A.

§ 1.

Einleitung.

Die wesentliche Grundlage der AG. und GmbH. bildet das Gesellschaftskapital. Dieses Kapital ist durch Einlagen seitens der Gesellschafter aufzubringen. Diese Einlagen bestehen zwar regelmäßig in Geld, können aber auch in Form von Sachen geleistet werden. Ist dies der Fall, so spricht man von „Sacheinlagen".

„Sacheinlage ist eine Art der Einlage und Einlage ist — das Wort im weiteren Sinne genommen — Zeichnung, d. h. ein rechtsverbindliches Versprechen, sich am Stammkapital der Gesellschaft mit einem bestimmten Betrage beteiligen zu wollen." Diese Sacheinlagen „bestehen in der Regel nicht aus einzelnen Gegenständen, sondern aus Sachgesamtheiten, Sachinbegriffen oder noch häufiger aus Inbegriffen von Gegenständen im Sinne des BGB. Für gewöhnlich werden ganze Geschäfte oder Geschäftsteile und damit körperliche und unkörperliche Gegenstände umfassende Mehrheiten wirtschaftlicher Güter eingelegt".[1]) Geeigneter Gegenstand der Sacheinlage ist also auch das Handelsunternehmen in seiner Gesamtheit. (Mit Aktiven und Passiven.)

Zusammenfassend kann man den Begriff des Handelsgeschäftes mit Goldmann[2]) folgendermaßen definieren: „Handelsgeschäft" umfaßt den ganzen Inbegriff aller derjenigen Gegenstände, welche zum Betriebe des konkreten Handelsgewerbes gehören.

Wohl der häufigste Grund für die Einlage eines ganzen Geschäftes ist die Umwandlung des Geschäftes eines Einzelkaufmannes in eine AG. oder GmbH. Meist geben hierzu wirtschaftliche Verhältnisse die Veranlassung. Der Kaufmann braucht neue Geldmittel, um sein Geschäft zu sanieren oder zu vergrößern. Ein noch häufigerer Grund zur Umwandlung des Geschäftes ist das Bestreben, die Haftung seines persönlichen Vermögens auf eine begrenzte Summe zu beschränken. Bei der

[1]) Rehm, S. 119.
[2]) Goldmann, § 22, Ia, aa.

AG.[3]) haftet das Gesellschaftsvermögen als solches. Der Sacheinleger geht lediglich das Risiko ein, daß seine Einlage verloren geht oder verringert wird. Bei der GmbH. haftet ebenfalls nur das Gesellschaftsvermögen. Auch hier geht der Sacheinleger nur das Risiko ein, daß seine Einlage ganz oder teilweise entwertet wird,[4]) es sei denn, daß gemäß §§ 26 ff. GmbHG. eine Nachschußpflicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Die bei der Umwandlung oder Einlage des Geschäftes eines Einzelkaufmannes in eine AG. oder GmbH. bei der Gründung und späteren Kapitalserhöhung — d. h. bei der AG. nach zwei Jahren,[5]) bei der GmbH. ist der zeitliche Abstand der Kapitalserhöhung von der Gründung nicht erheblich — sich ergebenden Rechtsfragen sollen Gegenstand vorliegender Dissertation sein. Im ersten Hauptteil der Arbeit soll der rechtliche Charakter der Gründergesellschaften der AG. und GmbH. untersucht werden, da dies zum vollen Verständnis der grundlegenden Probleme dieser Arbeit erforderlich ist.[6]) Im zweiten Hauptteil soll[7]) die rechtliche Natur des Sacheinlagegeschäftes generell besprochen werden. Im dritten Hauptteil[8]) sollen die praktischen Folgen der Einlage des Geschäftes oder seiner Umwandlung speziell erörtert werden.

[3]) § 178, HGB.
[4]) § 13 GbmbHG.
[5]) § 207, I HGB.
[6]) B I, § 2 dieser Arbeit.
[7]) B I, §§ 3—5 dieser Arbeit.
[8]) B II, §§ 6—17 dieser Arbeit.

B.

Die Einlage des ganzen Geschäftes eines Einzelkaufmannes in eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung bei der Gründung und bei der späteren Kapitalserhöhung.

§ 2.

I. Der Rechtscharakter der Gründergesellschaften.

1. der Aktiengesellschaft.

Gründer sind nach § 187 HGB. diejenigen Aktionäre, die den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben oder andere als durch Barzahlungen zu leistende Einlagen machen. Die Gründergesellschaft ist diejenige Vereinigung der Gründer, die den Zweck verfolgt, die AG. zur Eintragung ins Handelsregister zu bringen.

Ueber die Rechtsnatur der Gründergesellschaft und die Art ihrer Entstehung herrschen in Theorie und Praxis verschiedene Ansichten. Die eine vertritt den Standpunkt, daß die Gründergesellschaft ein nichtrechtsfähiger Verein im Sinne des § 54 BGB. sei.[1]) Eine zweite sieht in der Gründergesellschaft eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nach § 705 ff. BGB.[2])

Lehmann[3]) nennt die Gründergesellschaft „Gründersozietät", womit er also auch wohl eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes meint.

Wieder anders glaubt Takaki die Rechtsnatur der Gründergesellschaft erklären zu müssen. Er konstruiert aus den für diesen Zweck unserer Ansicht nach zu spärlichen „Allgemeinen Vorschriften" der §§ 178 ff. ein Rechtssubjekt eigener Art, das nach seiner Ansicht allerdings dem nichtrechtsfähigen Verein

---

[1]) So LehmannRing, Anm. 1 zu § 200; Goldmann, Anm. I, 2 zu § 200; Müller-Erzbach, S. 256 c.

[2]) So das RGStr. 36, 73 ff.; Brand, S. 516 b zu § 200 HGB.; Staub, Anm. 4 zu § 168 HGB.

[3]) Lehmann, I, 322 f.

ähnele, aber nicht mit diesem identisch sei. Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes lehnt er vollends ab.[4])

Für seine Ansicht führt er dabei vier Gründe im besonderen an. Beim ersten geht er[5]) von der von ihm vertretenen Gesamtaktstheorie aus und sagt, daß das subjektive Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander, das auf vertraglicher Grundlage ruhe, niemals eine Rechtspersönlichkeit schaffen könne, die ihrer ganzen Art nach ja durch Gesamtakt entstehe.

Wie wir unter § 3 dieser Arbeit noch darlegen werden, handelt es sich aber bei der Gründung der AG. um einen Vertrag und um einen Gesamtakt. Deshalb können wir diesen Einwand Takakis, der rein auf die Gesamtaktstheorie gestützt ist, nur zum Teil anerkennen.

Auch der zweite Grund[6]) ist ganz und gar auf die Gesamtaktstheorie aufgebaut. Takaki führt aus, daß die Gesellschaft als subjektives Rechtsverhältnis nicht die Fähigkeit habe, eine AG. hervorzubringen (da diese doch nur durch Gesamtakt entstehen könne) und deshalb müsse die persönlichkeitsbegründende Wirkung für die AG. allein in der Eintragung selbst liegen. Es sei aber klar, daß die Eintragung, von der Zeit des Oktroisystems abgesehen, „niemals eine solche rechtsverschaffende Wirkung haben könne, daß vielmehr jeder Mangel des Rechtsverschaffungsaktes vor der Eintragung die Nichtigkeit der AG. oft genug zur Folge habe."

Auch bei diesen Ausführungen steht Takaki ganz im Banne der Gesamtaktstheorie. Er kommt, von dem Gedanken ausgehend, daß die Gesellschaft als rein subjektives Rechtsverhältnis niemals eine AG. hervorbringen könne, weil sie keine Gesamtakte vornehmen könne, auf den absurden Gedanken, daß die AG. nach dieser Theorie nur durch die Eintragung allein entstehe. Dies ist aber auch gar nicht der Fall, denn die Eintragung bringt die Gesellschaft nur äußerlich zur rechtlichen Entstehung, während durch diese ihr innerer Aufbau nicht mehr verändert wird. Es ist also auch dieser Grund Takakis abzulehnen.

Einen sehr gewichtigen Grund für die Widerlegung der Sozietätstheorie bringt Takaki als dritten. Er führt zunächst aus, daß in dem Falle, in dem die Gründergesellschaft eine solche des bürgerlichen Rechtes sei, die Rechtsverhältnisse derselben lediglich unter den Gründern beständen. Er meint unter anderem: „Demnach wäre vor allem die Verpflichtung der Beteiligten aus der Uebernahme oder Zeichnung der Aktien, das Grundkapital in barem Gelde oder in sonstigen Vermögensstücken einzuzahlen, keine Verpflichtung der künftigen AG. gegenüber, sondern nur

[4]) Takaki, S. 42 ff.
[5]) Takaki, S. 44 oben.
[6]) Takaki, S. 44 unten.

ein Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Beteiligten und den übrigen Mitbeteiligten. Die Frage sei nun, wie und wodurch diese subjektiven Rechte und Pflichten auf die AG. bei der Eintragung übertragen würden."

Da wir, wie weiter unten noch dargetan wird, auch gar nicht der Ansicht sind, daß die Gründergesellschaft der AG. eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ist, können wir Takakis Einwendungen in dieser Hinsicht vollkommen zustimmen. Auch wir können uns dem Eindruck nicht entziehen, daß, wenn die Gründergesellschaft eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ist, eine Uebertragung der Rechte und Pflichten auf die AG. durch die Eintragung nicht möglich ist.

Auch der vierten Erwägung, mit der Takaki auf die schon vor der Eintragung einsetzende Tätigkeit der Gesellschaftsorgane verweist, die doch bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft überhaupt nicht vorhanden seien, können wir zustimmen.

Die Gründe, mit denen Takaki [7]) glaubt, der Gründergesellschaft die Rechtsnatur eines nichtrechtsfähigen Vereins absprechen zu können, sind nicht durchschlagend.

Das RG. hat in dauernder Praxis die Ansicht festgelegt, [8]) daß es sich bei einem nichtrechtsfähigen Verein um „eine dauernde Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes" handle, „die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltene Gestaltung gegeben hat, einen Gesamtnamen führt, und bei welcher ein Wechsel in dem Mitgliederbestande . . . naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung stattfindet."

Zunächst scheint es so, als ob die Gründergesellschaft keine dauernde Vereinigung sei und somit ein wesentlicher Unterschied zwischen der Gründergesellschaft und dem nichtrechtsfähigen Verein bestehe; denn die Gründergesellschaft verfolgt den Zweck, die AG. zur Eintragung zu bringen. Damit scheint der Zweck der Gründergesellschaft erschöpft zu sein; aber dagegen ließe sich einwenden, daß die Gründergesellschaft und die AG. eine Rechtspersönlichkeit bilden, nur in verschiedenen Stadien der Entwicklung, [9]) und daß durch die Eintragung nur noch die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit hinzuerworben wird.

Es ist zwar richtig, daß durch die Eintragung der AG. in das Handelsregister diese zur rechtlichen Entstehung gebracht das Handelsregister diese als juristische Person zur rechtlichen Entstehung gebracht wird, aber immerhin ändert die Eintragung die Rechtsverhältnisse der Aktionäre untereinander in einschneidender Weise. Denn nach § 200/II können die An-

[7]) Takaki. S. 46 oben.
[8]) So in RGZ. 60, 94.
[9]) Staub, Anm. 3 zu § 200 HGB.

teilsrechte nach der Eintragung mit Wirksamkeit gegenüber der AG. übertragen werden. Dadurch wird die subjektivrechtliche Bindung, die vor der Eintragung bestanden hat, gelöst. Wenn aber die subjektivrechtliche Bindung nicht mehr besteht, hört auch die Gründervereinigung auf, in ihrem wesentlichen Inhalt zu bestehen. Das Moment der Dauer ist also bei der Gründergesellschaft nicht vorhanden. Ferner trifft das Moment des wechselnden Mitgliederbestandes nicht zu, denn wenn die Gesellschaft einmal errichtet ist, sind die Gründer an ihre Uebernahmeerklärungen gebunden und können sie also nicht mehr widerrufen. Es können aber auch zwischen der Errichtung und der Eintragung keine neuen Personen mehr hinzukommen, denn bei der Simultangründung [10]) müssen bei der Errichtung sämtliche Aktien von den Gründern übernommen werden, bei der Successivgründung [11]) entweder alle Aktien vor der Errichtung von den Gründern übernommen oder von Dritten gezeichnet sein.

Beides folgt auch daraus, daß vor der Eintragung die Anteilsrechte nicht mit Wirksamkeit gegenüber der AG. übertragen werden können (§ 200/II).

Allerdings treffen die übrigen Merkmale, die das RG. vom Verein verlangt, hier zu. Dies kann auch nicht überraschen, da die Gründergesellschaft, wenn sie auch kein Verein ist, diesem doch sehr ähnelt und schwer von ihm zu unterscheiden ist.

Nach unserer Ansicht hat Takaki den am meisten überzeugenden Standpunkt eingenommen, wenn er die Gründergesellschaft als eine werdende AG., deren Entstehung als juristische Person an die aufschiebende Bedingung der Eintragung geknüpft ist, bezeichnet.[12]) Als solche unterstehe sie allein dem Aktienrecht, das genügende Vorschriften über die Regelung der Rechtsverhältnisse der Gründergesellschaft und aller mit dieser im Rechtsverkehr stehenden Personen enthalte. Er hält die Bestimmungen des BGB. über Vereine (§§ 21 ff.) für unanwendbar, denn dadurch würde die Gründergesellschaft schlechter gestellt.

Auch wir sind der Ansicht, daß die Gründergesellschaft ein aktienrechtliches Gebilde ist und deshalb in erster Linie die Vorschriften des HGB., §§ 178 ff., auf sie Anwendung zu finden haben. Aber, wie oben bereits erwähnt, reichen nach unserer Ansicht die angezogenen Vorschriften des HGB. nicht aus. Z. B. enthält das Aktienrecht keine Vorschriften über die Berufung eines Notvorstandes für die Gründergesellschaft in der Zeit zwischen der Errichtung und Eintragung.[13]) Da das Aktienrecht eine derartige Bestimmung nicht enthält, bleibt nichts anderes übrig, als auf Grund der Bestimmung des Art. 2 EGHGB. die Vorschriften des BGB., § 29, über die Berufung eines Notvor-

[10]) § 188/I HGB.
[11]) §§ 189/I, 195/I Ziff. 3 in Verbindung mit § 196/I.
[12]) § 200/I.
[13]) So auch Staub, Anm. 8 zu § 178; Brand, Vorbem. S. 457 f.

standes für den Verein auch für die Gründergesellschaft der AG. anzuwenden. Takaki, der allein das Aktienrecht auf die Gründergesellschaft angewendet wissen will, würde also hier auf eine Lücke des Gesetzes stoßen, die ohne das Vereinsrecht des BGB. nicht ausgefüllt werden könnte.

Demnach stellen wir nochmals fest, daß die Gründergesellschaft der AG. zwar weder ein Verein, noch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ist, daß aber, da das Aktienrecht lükkenhaft ist, die Vorschriften des Vereinsrechtes, §§ 21 ff. BGB., ersatzweise und analog auf die Gründergesellschaft auf Grund des Art. 2 EGHGB. angewandt werden können.

2. Gründergesellschaft der GmbH.

Bei der Gründergesellschaft der GmbH. handelt es sich nach heute herrschender Ansicht[14]) um eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Man könnte nur noch die Ansicht vertreten, es handle sich um einen nichtrechtsfähigen Verein im Sinne des § 54 BGB. Aber dies ist nicht der Fall, da die Gründergesellschaft keine dauernde Verbindung ist, was eins der wichtigsten Merkmale eines Vereins ist.[15])

Allerdings trifft das GmbHG. in den §§ 6, 7, 8, 78 Vorsorge für die Gründergesellschaft der GmbH. und diese Vorschriften sind natürlich in erster Linie zu berücksichtigen. Aber im übrigen kommen auf Grund des Art. 2 EGHGB., der auf alle Handelssachen Anwendung findet, die Vorschriften des BGB. subsidiär zur Anwendung, besonders die §§ 705 ff.

Es handelt sich also bei der Gründergesellschaft der GmbH. um eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, während die Gründergesellschaft der AG. ein eigenes, aktienrechtliches Gebilde ist, das weder Gesellschaft noch Verein im Sinne des BGB. ist, wenn es auch dem nichtrechtsfähigen Verein sehr ähnelt.

II. Die rechtliche Natur des Sacheinlagegeschäftes.

Das Sacheinlagegeschäft beseht aus zwei Teilen, nämlich

1. dem obligatorischen Sacheinlageversprechen und
2. der dinglich abstrakten Sacheinlageleistung.

1. Zunächst soll im Folgenden das Sacheinlageversprechen behandelt werden. Bei dieser Gelegenheit soll ein scharfer Trennungsstrich zwischen dem Sacheinlagegeschäft und dem Sachübernahmegeschäft gezogen werden. Das Sacheinlagegeschäft ist ein gesellschaftsrechtliches Vertragsverhältnis, das einen Teil des grundlegenden Gesellschaftsstatuts bildet. Das Sach-

[14]) RGZ. 25, 55; 83, 370; Scholz S. 150, 2a; Staub-Hachenburg Anm. 2 zu § 11; Liebmann-Saenger S. 80; Neukamp-Becker S. 32 u. 53.
[15]) RGZ. 60, 94 ff.

übernahmegeschäft dagegen ist ein gewöhnlicher Kauf-, Tausch-, Miet- oder Werkvertrag, den die AG. oder GmbH. mit Dritten abschließt, wobei es gleichgültig ist, ob der Dritte Gesellschafter ist oder nicht. Der Sacheinleger bekommt für seine Sacheinlage immer entsprechende Gesellschaftsrechte durch Ueberlassung von Aktien oder Geschäftsanteilen; bei der Sachübernahme besteht die Vergütung dagegen in Geld oder Sachen.

§ 3.

a) Die Vertragsnatur des Sacheinlageversprechens.

α) Bei der Gründung der Aktiengesellschaft.

Unser Gesetz unterscheidet mehrere Gründungsarten für die AG. Die erste Art ist die Simultangründung ohne Apports. Diese braucht jedoch hier nicht behandelt zu werden, da bei ihr die Einlage eines Geschäfts nicht vorkommt. Die zweite, am häufigsten vorkommende Art der Gründung ist die Simultangründung mit Apports oder „qualifizierte Simultangründung". Diese soll hier zuerst behandelt werden.

Bei der qualifizierten Simultangründung müssen die Aktien sämtlich von den Gründern übernommen werden. Sie werden in diesem Falle nicht gezeichnet. Die Uebernahme der Aktien hat in der Regel sofort nach der Festsetzung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages zu erfolgen.[1])

Nach § 186/II müssen, wenn auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht werden, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, der Gegenstand der Einlage, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlagen zu leistenden Aktien im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden. Hierdurch wird das Sacheinlageversprechen gesetzlich zu einem Teil des „Gesellschaftsvertrages" gemacht.

Zunächst ist nun zu untersuchen, ob der Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 182/I wirklich ein Vertrag im juristischen Sinne ist, und in welcher Beziehung der persönlichkeitsbegründende Gesamtakt zu diesem Vertrage steht.

Die Gründung einer AG. geht bei der qualifizierten Simultangründung in folgender Weise vor sich: Zunächst einigen sich die Gründer, die mindestens fünf Personen sein müssen, über den Inhalt eines Entwurfes, der die Rechte und Pflichten der künftigen AG. und ihrer Mitglieder regeln soll. Haben sich die Gründer über den Wortlaut des Entwurfs geeinigt so erfolgt die sogenannte Gründungshandlung.

Bis hierher handelt es sich also um eine rein kaufmännische Aktion der Gründer die keinerlei Bindungen obligatorischer Art zwischen diesen erzeugt. Dieser Vorgang, „die Feststellung des

[1]) § 182/I;

Inhaltes des Gesellschaftsvertrages ist scharf von der Errichtung der Gesellschaft, die durch die Uebernahme sämtlicher Aktien § 188 Abs. I erfolgt, zu trennen,[2]) obwohl regelmäßig tatsächlich beide Handlungen in derselben gerichtlichen oder notariellen Verhandlung stattfinden.

Die Rechtsnatur der Zustimmungserklärung der Gründer zu dem festgesetzten Entwurf ist streitig. Zuerst herrschte in Deutschland die Vertragstheorie, die diese Erklärung als Vertragsabschluß bezeichnet. Unter Vertrag verstehen wir die Willenseinigung mehrerer Parteien, gerichtet auf Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes. Er besteht aus zwei Teilen, Offerte und Annahme. Die Vertragstheorie betrachtet nun die Zustimmung der Gründer zu dem festgelegten Vertragsentwurf deshalb als Vertrag, weil sie in der Unterschrift des einzelnen Gründers zugleich eine stillschweigende Offerte des Inhaltes erblickt, daß dieser sich bereit erklärt, an der zu gründenden AG. nach Maßgabe des festgestellten Entwurfes sich mit den übrigen Gründern zu beteiligen,[3]) sowie die Willenserklärung, sich nach Annahme der übrigen Gründer an den Entwurf für gebunden zu erachten. Wenn man also die Gründer A, B, C, D, E annimmt, so liegt in der Zustimmungserklärung des A

1. die Bereitwilligkeit des A, mit den Gründern B, C, D, E unter den vorliegenden Bedingungen zu kontrahieren (Offerte),
2. die Willenserklärung des A, sich nach Annahme des B, C, D, E an den vorliegenden Entwurf für gebunden zu erachten. (Annahme).

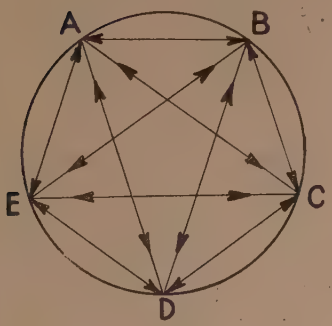

Abbildung 1
Der Kreissymbolisiert die AG.

In gleicher Weise erfolgt dann Offerte und Annahme des B, C, D, E. Der Vorgang soll in nebenstehender Skizze dargestellt werden. (Abb. 1).

In einfacherer Weise versucht die Gesamtaktstheorie diese Vorgänge zu erklären. Sie ist von Kuntze aufgestellt und auf die Gierkesche Genossenschafts- oder Gesamtpersonentheorie gestützt. Diese Theorie hält die Zustimmungserklärung der Gründer zu dem festgestezten Entwurf für einseitige Akte. Diese Akte streben unabhängig voneinander auf ein Ziel, nämlich die Errichtung der AG. in den gezogenen Grenzen hin. Die Zusammenfassung aller dieser Akte wird dann als Gesamtakt bezeichnet.

[2]) Goldmann, Anm. I zu § 182.
[3]) vgl. Haußmann, S. 64.

Abbildung 2

Nebenstehende Abbildung 2 möge auch diesen Vorgang verdeutlichen. Gegen die Vertragstheorie ist vor allem folgendes einzuwenden:

Durch den Vertrag werden naturgemäß nur rein subjektive, d. h. zwischen einzelnen, bestimmten Personen bestehende Bindungen begründet. Diese Bindungen bilden in ihrer Gesamtheit zwar ein Netz ineinandergreifender Verträge, aber niemals eine neue Rechtspersönlichkeit, was doch der Zweck der Gründung einer AG. wäre. Es ist zwar richtig, daß der Wille der Gründer — auf den es doch allein ankommt — darauf abzielt, sich gegenseitig in bestimmter Weise zu binden, aber ebenso klar ist es, daß die Willensrichtung der Gründer auch dahin geht, eine neue Rechtspersönlichkeit, nämlich die AG., zu bilden, und dies ist nur denkbar durch absolute, einseitige Akte, die auf dasselbe Ziel, nämlich die Errichtung der AG., gerichtet sind.

Gegen die Gesamtaktstheorie haben wir folgendes einzuwenden:

Die einseitigen Akte der einzelnen Gründer, die den Gesamtakt ausmachen, schaffen zwar nach dem Willen der Gründer eine neue Rechtspersönlichkeit, aber keine Bindung zwischen den einzelnen Gründern, die vor der Entstehung der AG. als juristische Person unbedingt notwendig ist. Es könnten einzelne Gründer ohne subjektive Bindung gar nicht gezwungen werden, an den weiteren Gründungshandlungen der AG. mitzuwirken, an denen sie teilnehmen müssen.

Man wird also weder mit der Vertragstheorie allein, noch auch einzig mit der Gesamtaktstheorie die Entstehung der AG. ganz erklären können. Die Entstehung der AG. zeigt uns ein Doppelgesicht, an dessen tatsächlichem Vorhandensein wir nicht vorübergehen zu können glauben. Die vertragliche Seite der Errichtungshandlung charakterisiert die inneren Verhältnisse der werdenden AG., während der Gesamtakt die Konstituierung einer durch den vereinigten Willen der Gründer entstandenen Rechtspersönlichkeit der Oeffentlichkeit gegenüber darstellt.

Nach unserer Ansicht müssen also zur Klärung des Sachverhaltes beide Theorien verwertet werden. Bis zur Entstehung der juristischen Persönlichkeit der AG. existiert, wie bereits ausgeführt, eine subjektive Bindung der Gründer untereinander.

Nach der Eintragung erlischt diese subjektive Bindung und wird durch die selbständig handelnde juristische Person der AG.

abgelöst.[4]) Im Rahmen dieser Arbeit muß naturgemäß auf die vertragliche Seite die stärkere Betonung gelegt werden.

Nach Ansicht des Reichsgerichts sind die Verträge, die der Festsetzung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages vorausgehen — die „Vorverträge" —, Verträge im juristischen Sinne.[5]) „Es ist deshalb nicht einzusehen, warum diejenigen Willenseinigungen, wodurch diese Verträge verwirklicht werden sollen, nämlich die Aktienübernahmeverträge, keine Verträge sein sollen".[6]) Es handelt sich hierbei um einen gegenseitigen Vertrag, denn der Kaufmann verspricht, das Geschäft zu leisten und erhält dafür den Anspruch auf Beteiligung an der zu gründendenden AG. mit allen Rechten eines Aktionärs. Die übrigen Gründer verpflichten sich dagegen, den Kaufmann zur Beteiligung an der zu errichtenden AG. zuzulassen und erhalten dafür den Anspruch auf Uebereignung des Geschäftes mit allen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen. Es handelt sich also hier um einen gegenseitigen Vertrag.

Ausnahmsweise läßt der Gesetzgeber es zu, daß ein Gründer die Aktien in einer besonderen notariellen Verhandlung — Nachtragsverhandlung — übernimmt.[7]) Natürlich kommt hier nur einer von denjenigen in Betracht, die an der Festsetzung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages[8]) teilgenommen haben. Ist dies der Fall, so ist auch hier die Uebernahme der Aktien ein Vertrag und zugleich ein einseitiger Akt, denn die Willensrichtung des Uebernehmenden wird auch hier auf die Errichtung der AG. zustreben. Die im Gesellschaftsvertrag[9]) erfolgten Festsetzungen dienen als Entwurf der Bedingungen, unter denen die Errichtung zustandekommt.

Die dritte Gründungsart, die Successivgründung ohne Apports, kann hier außer Betracht bleiben, weil bei dieser Gründungsart keine Sacheinlagen eingebracht werden können.

Die vierte Gründungsart, die Succesivgründung mit Apports, unterscheidet sich dadurch von der Simultangründung mit Apports, daß nicht alle Aktien übernommen werden, sondern nur ein Teil derselben, und die übrigen Aktien dem Publikum zur Zeichnung angeboten werden müssen. Hier sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden: Der erste Fall ist der, daß der Sacheinleger zu den Gründern gehört. Hier ist der Hergang der Gründung folgender: Zunächst einigen sich genau wie bei der Simultangründung mindestens fünf Gründer über den Entwurf

---

[4]) vgl. auch Staub, Anm. 5 zu § 200 und die dort angeführte Literatur und Judikatur für Verträge, die zur Entstehung der AG. nötig waren.
[5]) RGZ. 106, 176.
[6]) Müller-Erzbach, S. 254.
[7]) § 188/I.
[8]) § 182/I.
[9]) § 182.

des Gesellschaftsvertrages. Anschließend übernehmen in derselben Verhandlung die Gründer einen Teil der Aktien. Ausnahmsweise können auch hier noch Aktien in einer Nachtragsverhandlung nach § 188 übernommen werden. Dann erfolgt die Zeichnung der übrigen Aktien nach § 189. Darauf erfolgt die Berufung einer Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrates und des Vorstandes (§ 190), die Gründererklärung über die Sacheinlagen (§ 191), die Prüfung der Gründung durch den Vorstand, Aufsichtsrat und stets durch die Revisoren, sowie die Erstattung des Prüfungsberichtes (§ 192), Anmeldung zum Handelsregister (§ 195), und erst jetzt die Errichtung der AG. in einer dazu besonders vom Registerrichter einberufenen Generalversammlung der Gründer und Zeichner (§ 196).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß hier die vertragliche Bindung und der Errichtungsakt zeitlich getrennt sind, während bei der Simultangründung sowohl Errichtung als auch vertragliche Bindung gleichzeitig mit der Unterschrift des Entwurfes erfolgt. Es wird also hier zunächst der Vertrag abgeschlossen, und in einer eigenen Generalversammlung der Gesamtakt, durch den die Gesellschaft als Person erzeugt wird, zum Ausdruck gebracht. Die Aktienübernahme ist hier also lediglich ein Vertragsabschluß. Natürlich wirken bei der Errichtung der AG. außer den Aktienübernehmern auch die Zeichner mit, was aber für vorliegende Arbeit unerheblich ist, weil die Sacheinleger bei der Gründung die Aktien nicht zeichnen, sondern, wie die Gründer, übernehmen (§ 187). Zu erwähnen ist noch, daß dieser Uebernahmevertrag an die stillschweigende Bedingung geknüpft ist, daß die übrigen Aktien auch wirklich alle gezeichnet werden und so die AG. tatsächlich zur Entstehung gelangen kann.

Der zweite Fall ist der, daß der Sacheinleger zu den Zeichnern gehört, was an und für sich ja durchaus möglich wäre; doch ist dieser Fall gesetzlich ausgeschlossen, da nach § 187 die Sacheinleger bezüglich der Rechtsfolgen als Gründer gelten. Sie zeichnen also nicht die Aktien, sondern übernehmen sie, wie die Gründer. Somit braucht hier nicht auf die Rechtsnatur der Zeichnung eingegangen zu werden.

β) Die Vertragsnatur des Sacheinlageversprechens bei der späteren Kapitalserhöhung der AG.

Verspricht ein Kaufmann bei der Kapitalserhöhung der AG. die Einlage seines Geschäftes, so ist hierin eine Offerte des Kaufmanns an die Gesellschaft zu erblicken, die durch die Genehmigung seitens der Generalversammlung der AG. angenommen wird. Also bildet hier das Sacheinlageversprechen einen gegenseitigen obligatorischen Vertrag. Der Sacheinleger verspricht, das Geschäft einzulegen und erhält dafür einen An-

spruch auf Zuteilung von Aktien. Dagegen überläßt die AG. dem Sacheinleger die Aktien und erhält dafür den Anspruch auf Leistung, d. h. Uebergabe des Geschäftes. Dieser Einlagevertrag hat jedoch eine gesetzliche Bedingung, und zwar die, daß er unverbindlich ist für den Fall, daß die Erhöhung des Grundkapitals nicht bis zu dem im Beschluß und im Einlagevertrag festgesetzten Zeitpunkt zustande gekommen ist.[10]) Ihlder, der auf S. 32 ff. zu dem Resultat kommt, daß es sich um eine einseitige Willenserklärung handele, und sich dabei auf die Gesamtaktstheorie stützt, gibt auf S. 32, Abs. 2 zu, daß die Annahme der Vertragsnatur des Einlageversprechens bei der Kapitalserhöhung näher liegt, als bei der Gründung. Unserer Ansicht nach hätte es auch gar keinen Sinn, hier einen Gesamtakt anzunehmen, da für eine persönlichkeitsbegründende Wirkung des Einlageversprechens kein Bedürfnis vorliegt, nachdem die AG. ja schon längst als juristische Person besteht.

γ) Die Vertragsnatur des Sacheinlageversprechens bei der Gründung der GmbH.

§ 3, Abs. 1, Ziffer 4 GmbHG. bestimmt, daß der Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Gesellschaftskapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage) im Gesellschaftsvertrag aufgeführt sein muß. Hieraus folgt, daß bei der Gründung der GmbH. genau wie bei der AG. das Einlageversprechen zu einem wichtigen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages gestaltet wird. Das Sacheinlageversprechen ist bei der Gründung der GmbH. ein Vertrag, und zwar ein gegenseitiger Vertrag. Dies erhellt aus denselben Gründen, die wir bei der Gründung der AG. genauer auseinandergesetzt haben. Der Kaufmann verpflichtet sich nämlich, das Geschäft zu leisten und besitzt dafür gegen die Mitgründer den Anspruch auf Beteiligung an der Gesellschaft; und umgekehrt verpflichten sich die übrigen Gesellschafter, ihn an der Gesellschaft teilnehmen zu lassen und haben daher Anspruch gegen den Kaufmann auf Leistung der Einlage.

Ein Unterschied besteht jedoch darin, daß der Einlagevertrag bei der Gründung der GmbH. an eine Bedingung nicht geknüpft ist. Für die AG. ist im Falle der Successivgründung der Sacheinlagevertrag an die stillschweigende Bedingung gebunden, daß die Gründung der AG. überhaupt vorgenommen wird. Bei der AG. folgt dies aber auch schon logisch aus der Natur des Aktienrechtes, denn die Gründung der AG. kann nur beschlossen werden, wenn sämtliche Aktien gezeichnet oder übernommen sind. Dafür aber, daß alle Aktien untergebracht werden, können die Gründer nicht vertraglich verantwortlich gemacht werden.

---

[10]) § 281, Abs. 1 Ziff. 4.

Dagegen ist bei der Gründung der GmbH. eine ähnliche Bestimmung vollkommen gegenstandslos, da die Geschäftsanteile bereits untergebracht sind und die Eintragung der GmbH. von der Unterbringung der Anteile nicht mehr abhängt. — Eine Successivgründung gibt es bei der GmbH. ohnehin nicht. — Also ist hier der Einlagevertrag auch gesetzlich nicht bedingt. Vertragliche Bedingungen können natürlich in beliebiger Anzahl festgelegt werden. Diese ändern aber nichts am gesetzlichen Charakter des Einlagevertrages.

Die Frage der Haftung für nicht geleistete Sacheinlage[11]) und der solidarischen Haftung der übrigen Gesellschafter im Falle des § 24 GmbHG. soll erst im dritten Hauptteil unter § 15 dieser Arbeit behandelt werden.

δ) Die Vertragsnatur des Sacheinlageversprechens bei der Kapitalerhöhung der GmbH.

Durch das Sacheinlageversprechen verpflichtet sich der Kaufmann, sein Geschäft mit allen Aktiven und Passiven zu übergeben und erhält dafür den Anspruch auf Gewährung des Mitgliedschaftsrechtes.[12]) Umgekehrt verpflichtet sich die Gesellschaft, dem Kaufmann das Mitgliedschaftsrecht, verbunden mit seinem Geschäftsanteil, zu gewähren und besitzt dafür den Anspruch auf Erwerb des Geschäftes. Das Versprechen des Sacheinlegers ist eine Offerte, die der Annahme durch die Gesellschaft bedarf. Sie erfolgt durch die Zulassung. Das Einlageversprechen stellt also auch bei der Kapitalserhöhung der GmbH. einen gegenseitigen Vertrag dar, und zwar einen Gesellschaftsvertrag.[13]) Hierin stimmen heute nach Scholz sämtliche Kommentare überein. Im Gegensatz zum Einlageversprechen bei der Gründung der GmbH. steht das Einlageversprechen bei der Kapitalserhöhung der GmbH. unter einer Bedingung. Die Bedingung ist die, daß die Kapitalserhöhung während einer angemessenen Zeit durchgeführt und eingetragen sein muß.[14]) Wenn diese Bedingung auch nicht direkt aus dem Gesetz hervorgeht, wie bei der Kapitalserhöhung der AG.,[15]) so ist sie doch durch die gesellschaftsrechtliche Natur[16]) des Einlageversprechens begründet.

---

[11]) § 21, Abs. 2 GmbHG.

[12]) Scholz, Anm. III, 1 zu § 55, S. 551, letzter Abschnitt.

[13]) RGZ. 82, 121; 98, 350; KGI. 39, 127; OLG. 23, 311; s. auch § 4 der Arbeit.

[14]) Scholz, Anm. V zu § 55, S. 651.

[15]) § 281, Abs. 1, Ziff. 4.

[16]) Freymuth, I. Rechtsspruch 5 zu § 55, S. 380, letzter Abschnitt; OLG., Frankf. Rundsch. GmbH. 1913, S. 469 u. Rechtspruch 6 zu § 55, S. 382, 2. Abschn. (RGZ. 87, 164); JW. 1916, 47 Nr. 10; LZ. 1915, 1660 Nr. 19; Recht 1916, Nr. 122; ZAG. 23, 133.)

§ 4.

b) Das Sacheinlageversprechen als gesellschaftsrechtlicher Vertrag.

α) Bei der Gründung der AG.

Wenn feststeht, daß es sich bei dem Sacheinlageversprechen um einen Vertrag handelt, ist nun zu untersuchen, welche Art von Vertrag vorliegt. Es hat früher in der älteren Rechtsprechung und Literatur ein großer Streit bestanden, ob ein aktienrechtlicher Vertrag (ein Teil des Gesellschaftsvertrages) oder ein außerhalb des Gesellschaftsvertrages stehender privatrechtlicher Vertrag (wie Kauf-, Tausch-, Miet-, Werkvertrag usw.) vorliegt.[17])

In der Rechtsprechung stieß man auf diese Streitfrage wegen der Stempelsteuer.[18]) Verschiedene Gerichte erblickten in den Gründungsurkunden von Einlagegesellschaften zweierlei Verträge, einmal einen Gesellschaftsvertrag und ferner einen Kauf- oder anderen schuldrechtlichen Vertrag, und der Fiskus erhob verschiedene Stempelgebühren.[19])

So entschied das Obertribunal in Berlin in mehreren Urteilen. Das erste Urteil begründet obiges Gericht damit, daß der Einleger durch die Zeichnung einer bestimmten Summe Geldes zum Aktionär werde, nicht durch Hingabe der Sache. Das Eigentum an den Einlagegegenständen gehe an die AG. durch Veräußerung über. Der Veräußerungspreis werde mit der infolge der Zeichnung zu zahlenden Geldsumme kompensiert.[20])

In einem zweiten Urteil stützt sich das Obertribunal auf den früheren Wortlaut des Artikels 209 b ADHGB., der von „auf das Grundkapital anzurechnenden Einlagen" spricht. Die „Anrechnung" setze einen Umsatz in Geld voraus. Dieser Umsatz aber könne nur in Unterstellung eines anderweitigen Rechtsgeschäftes erfolgen, welches als solches neben dem Gesellschaftsvertrage stehe und, wenn auch nach dem Belieben der Beteiligten äußerlich mit dem letzteren verbunden, doch durch keine gesetzmäßige Vorschrift zu einem begriffsmäßigen Bestandteil desselben gemacht sei.[21])

Ein drittes Urteil des gleichen Gerichtes sieht in dem Sacheinlagevertrag eine Hingabe an Zahlungsstatt neben dem Gesellschaftsvertrag, indem es einen Unterschied zwischen der Verabredung, daß der Einschuß gewisser Vermögensstücke

---

[17]) RGZ. 2, 303;
[18]) Allg. Vorschr. d. Stempeltarifes d. pr. Ges. v. 7. 3. 1822. Z. 1;
[19]) Bei Noppel, S. 36, Fußn. 1 wird auf Goldschmidts Zeitschr. Band 22, S. 337 hingewiesen.
[20]) Noppel, S. 36, letzter Absatz und S. 37.
[21]) Noppel, S. 37.

stattfinden solle, und deren Ausführung macht. Die Ausführung der Verabredung liege vielmehr in der Vermögensübertragung selbst, und diese bilde keinen integrierenden Bestandteil des Gesellschaftsvertrages. Wenn sie mittels einer Handlung geschehe, welche die Kriterien eines besonderen Rechnungsgeschäftes in sich trage, so sei sie als ein vom Gesellschaftsvertrage verschiedenes Rechtsgeschäft aufzufassen.[22])

Erstmalig vertrat der Appellationsgerichtshof in Köln in einem Urteil vom 14. März 1874 den heute als richtig anerkannten Standpunkt, daß der Einlagevertrag ein Teil des Gesellschaftsvertrages sei.[23]) „Der Illationsvertrag ist nicht ein Vertrag neben dem Gesellschaftsvertrag, er kann nicht in dem nämlichen Akte, in welchem die Bildung der Gesellschaft beurkundet wird, vereinbart werden, vielmehr verlangt Artikel 209 b die Festsetzung des Wertes der Einlage in dem Gesellschaftsvertrage und sie fällt mit diesem rechtlich derart zusammen, daß sie weder von ihm gesondert, noch zu ihm hinzugefügt werden kann. Die Annahme, daß alle Gesellschafter einer AG. unbedingt zunächst einen Geldbetrag stipulieren müssen, daß also Artikel 209 b eine an sich schon mit barem Gelde gebildete AG. voraussetze, und daß aus diesem Fonds die einzulegenden Vermögensstücke angeschafft werden, ergibt sich aus den Motiven zum Bundesgesetz vom 11. Juni 1870, wo es ausdrücklich heißt: „Der Genehmigung der Zulässigkeit und Abschätzung der nicht in barem Gelde bestehenden Einlage muß die definitive Konstituierung der Gesellschaft vorausgehen, weil solches zur Feststellung des Grundkapitals notwendig ist."

Für ein Vermögen, welches den Besitz der fraglichen Einlagen voraussetzt, kann diese Einlage nicht noch gekauft, getauscht oder in Zahlung genommen werden."

Endgültig wurde diese Frage durch eine Entscheidung der vereinigten Zivilsenate vom 8. Juli 1880 klargelegt.[24]) Dieses Urteil geht im Wesentlichen mit dem des Appellationsgerichtshofes in Köln einig. Außerdem enthält es noch folgende wichtige Begründung: „Die Sprachweise des Gesetzes bietet keinen Anhalt dafür, die Bezeichnung „Einlage" in Artikel 207 in einem engeren, auf Geldeinlage beschränkten Sinne aufzufassen, und zwar um so weniger, da die Vergleichung dieses Artikels mit den Art. 85, 150 ergibt, daß der Schwerpunkt nicht auf „Einlage", sondern auf das negative Merkmal zu legen ist, daß bei keinem Gesellschafter persönliche Haftung stattfinde.[25])

Die Art. 207 a, 209 Ziff. 4, 209 a, 210 Ziff. 4, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 225 b Ziff. 1 u. 3, 248 können um so weniger

[22]) Noppel, S. 37, 38.
[23]) Noppel, S. 38.
[24]) RGZ. 2, 303 ff.
[25]) RGZ. a. a. O. S. 306.

für die Behauptung angeführt werden, daß die Einlage in eine AG. nur in barem Gelde bestehen dürfe, als man sonst aus jeder einzelnen dieser Bestimmungen und aus Art. 240 auch die — jedenfalls unstatthafte — Folgerung ziehen könnte, das Vermögen der Gesellschaft (Gesellschaftskapital) müsse fortdauernd in barem Gelde erhalten bleiben.

Die im Art. 209 vorgeschriebene Schätzung ist keineswegs als ein rein zivilrechtliches Gebot zu dem Zwecke zu betrachten, die Einlage als Kaufobjekt zu kennzeichnen. Diese Vorschrift beruht vielmehr vorzugsweise auf dem öffentlichen Interesse, Täuschungen der Aktionäre zu verhüten, wie denn auch dem Werte der nicht in barem Gelde bestehenden Einlage nicht ein Preis, sondern die Anzahl der Aktien gegenübergestellt ist, welche für jene gewährt werden und welche den Umfang der Beteiligung bei der Gesellschaft darstellen.[26])

Der Gesellschafter in seiner Gestalt als Sacheinleger kontrahiert mit den übrigen Gesellschaftern als solcher und nicht als Dritter mit der Gesellschaft, weil die Billigung des unter der (gesetzlichen) Bedingung der Genehmigung abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages in der Generalversammlung der Aktionäre nicht den Abschluß eines neuen, gesonderten Vertrages der AG. mit dem Sacheinleger darstellt."

Wenn auch tatsächlich oder im Sinne des Gesetzes die Einlage von Geld die Regel bildet, behält die Einlage von anderen Gegenständen, wenn sie auch seltener vorkommt, immerhin den rechtlichen Charakter der Einlage.[27]) Wir sind der Ansicht, daß die angeführte Judikatur in ihren Begründungen in genügender Weise den Sachverhalt klärt. Wir schließen uns deshalb der Ansicht des Reichsgerichtes im Band 2, S. 303 an und haben ihr nichts mehr hinzuzufügen.

β) Das Sacheinlageversprechen als gesellschaftsrechtlicher Vertrag bei der späteren Kapitalserhöhung der AG.

Unter α ist nachgewiesen worden, daß der Sacheinlagevertrag bei der Gründung der AG. kein selbständiger Vertrag, sondern ein wesentlicher Teil des Gesellschaftsvertrages ist. Der Kapitalerhöhungsbeschluß bedeutet juristisch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages, und zwar in einem sehr wesentlichen Punkte.[28]) Der ursprünglich festgesetzte und von den Gründern angenommene Entwurf wird durch die Kapitalserhöhung abgeändert.

Auch bei der Kapitalserhöhung liegt kein Verkauf neuer Aktienrechte seitens der Gesellschaft vor. Es werden hierbei

[26]) RGZ., a. a. O. S. 307.
[27]) RGZ., a. a. O. S. 308.
[28]) Ihlder, S. 7 und 8.

vielmehr lediglich neue Aktien geschaffen. Diese werden entweder von den alten oder von neuen Mitgliedern erworben, die einerseits als Gegenleistung für ihre Mitgliedschaften eine Einlage zu machen haben, und andererseits dafür an den Erträgnissen der Gesellschaft teilnehmen. Die neuen Aktien werden nicht von der Gesellschaft verkauft, sondern die Gesellschaft erweitert ihr Kapital durch neue Beteiligung der Zeichner von Aktien.[29]) Da eine entgegenstehende gesetzliche Bestimmung nicht vorhanden ist, ist auch kein Raum für die Annahme, daß das Sacheinlageversprechen bei der Kapitalserhöhung einen selbständigen Vertrag bilden soll, sondern er macht einen Teil des Kapitalserhöhungsbeschlusses aus. Zu dieser Ansicht kommt auch Ihlder, indem er auf die unter α zitierte und erläuterte Entscheidung RGZ. 2, S. 303 verweist.[30]) Der § 279 stimmt für den Fall der Sacheinlage inhaltlich mit § 186 überein, wenn die Sachübernahme in diesem Paragraphen auch etwas anders behandelt ist.

γ) Das Sacheinlageversprechen als gesellschaftsrechtlicher Vertrag bei der Gründung der GmbH.

Der Einlagevertrag bei der Gründung der GmbH. ist genau wie bei der AG. ein Teil des Gesellschaftsvertrages. Denn auch bei der Gründung der GmbH. müssen die Person des Sacheinlegers, der Gegenstand der Sacheinlage, sowie der Geldwert, für welchen die Sacheinlage angenommen wird, im Gesellschaftsvertrage enthalten sein.[31]) Der Sacheinlagevertrag ist demnach kein selbständiger Vertrag, sondern ein Teil des Gesellschaftsvertrages. „Dieser Teil hat die rechtliche Natur eines „Veräußerungsvertrages"[32]) (im weiteren Sinne des Wortes). Denn der Einbringende verpflichtet sich, sich eines ihm zustehenden Rechtes zugunsten der Gesellschaft zu entäußern. Dieser Veräußerungsvertrag paßt unter keinen der Vertragstypen des BGB. Er ist ein Vertrag sui generis = ein dem Gesellchaftsrecht eigentümliches Vertragsverhältnis."[33])

δ) Das Sacheinlageversprechen als gesellschaftsrechtlicher Vertrag bei der Kapitalserhöhung der GmbH.

Wie die Kapitalserhöhung der AG., so ist auch jene der GmbH. eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages, weil die Höhe des Stammkapitals nach § 3, Abs. 1, Ziffer 3 GmbHG. im Gesellschaftsvertrage angegeben sein muß. Auch entstehen neue Gesellschaftseinlagen, die nach § 3, Abs. 1, Ziffer 4 und bei

[29]) RGZ. 32, S. 248.
[30]) Ihlder, S. 15 und 16.
[31]) § 5, Abs. IV.
[32]) Hachenburg, I, § 5, Anm. 27, S. 203.
[33]) Haux, S. 61 und S. 62.

Sacheinlagen auch nach § 5, Abs. 4 GmbHG. im Gesellschaftsvertrag enthalten sein müssen. Durch die Kapitalserhöhung wird sowohl das Stammkapital geändert, nämlich erhöht, als auch neue Stammeinlagen geschaffen, die in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen. Die Kapitalserhöhung ist also ein Vertrag zwischen den Gesellschaftern. Das Einlageversprechen ist aber ein wesentlicher Bestandteil des Kapitalserhöhungsbeschlusses und ein gesellschaftsrechtlicher Vertrag.[34]) Hachenburg nennt ihn einen obligatorischen Veräußerungsvertrag wenn auch eigener Art, der zugleich ein Teil des Gesellschaftsvertrages ist.[35])

§ 5.

2. Die rechtliche Natur der Sacheinlageleistung.

a) überhaupt.

Bisher ist die rechtliche Natur des Sacheinlageversprechens erörtert worden. Nun soll hier die rechtliche Natur der Sacheinlageleistung dargelegt werden. Sie ist ein abstraktes, zweiseitiges Rechtsgeschäft. Handelt es sich um die Einlage von körperlichen Gegenständen, so ist es ein Eigentumsübergabegeschäft im Sinne des § 929 BGB. oder § 873 Abs. 1 BGB. Die Form dieser Rechtsgeschäfte ist ganz verschieden nach der Art der Einlagegegenstände und richtet sich nach den allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften. So werden Forderungen z. B. durch Abtretung übertragen.

Dies gilt sowohl für Sacheinlagen bei Gründung und Kapitalserhöhung der AG., als auch bei Gründung und Kapitalserhöhung der GmbH. Selbstverständlich ist, daß die Leistung der Sacheinlage „kein Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist".[36])

b) Sacheinlage und gemischte Sach-Bareinlage.

α) Bei der Grüdung der AG.

In § 186 Abs. 2 ist bestimmt, daß die Höhe des für die Sacheinlage zu gewährenden Aktienbetrages im Gesellschaftsvertrage anzugeben ist. Hierzu ist bei Einbringung eines Unternehmens die Aufstellung einer Bilanz für das einzubringende Geschäft erforderlich. Zwischen dem Einlageversprechen und der Einlageleistung liegt aber regelmäßig ein großer Zeitraum. Während dieser Zeit verändert sich aber meist der Wert des

---

[34]) Scholz, Anm. II ,1 zu § 55, S. 551, letzter Abschnitt.
[35]) Hachenburg I, S. 203, Anm. 27, zu § 5.
[36]) Hachenburg, I, S. 203, Anm. 27 zu § 5.

Geschäftes; er erhöht oder vermindert sich. Je nachdem würde dann eine Aenderung des Grundkapitals eintreten müssen. Eine solche Aenderung ist aber mit großen Schwierigkeiten verbunden. Durch § 182, Abs. 2, Ziffer 3 ist vorgeschrieben, daß die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt sein muß. Soll bei der Successivgründung die Höhe des Grundkapitals abgeändert werden, so ist hierzu nach § 196, Abs. 5 einstimmiger Beschluß der vom Gericht nach Abs. 1 einzuberufenden Generalversammlung erforderlich. Infolgedessen ist es nötig, daß ein anderer Ausgleich stattfindet. Die Aktien, die einmal übernommen oder gezeichnet sind, können nicht mehr zurückgegeben werden und neue können auch nicht mehr übernommen oder gezeichnet werden, da sonst eine Statutenänderung erforderlich wäre, außerdem die anderen Aktionäre ihre Einlagen zurücknehmen müßten, was auch nicht geschehen könnte. Unterpari-Emission ist nicht statthaft, Ueberpari-Emission nur dann, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist (§ 184). Entweder hat der Aktionär zuzuzahlen, wenn sich nämlich der Wert des Geschäftes verringert hat, oder die AG. muß zuzahlen, wenn der Wert des Geschäftes gestiegen ist. Hat der Aktionär Bargeld nachzuzahlen, so leistet er sowohl eine Sache, als auch Bargeld. Es ist nun die Frage, ob in diesem Falle noch eine reine Sacheinlage vorliegt.

Dies ist zu bejahen.

Daß der Sacheinlagevertrag ein Teil des Gesellschaftsvertrages ist, wurde bereits betont. „Verträge zur Ausführung des Statuts sind nicht statutenändernde Verträge. Ohne Weitläufigkeiten der Form ist also Hingabe von Geld an Leistungsstatt für statutarisch festgestellte Sacheinlagen zulässig. Es liegt in diesem Falle nur eine Abrechnung innerhalb des Sacheinlage-Vertragsverhältnisses, keine teilweise Ersetzung des letzteren durch ein Bareinlageverhältnis vor, nur eine Ausführungsmodifikation der Sacheinlagepflicht, ein den Sacheinlagevertrag ausführender Ausgleichungsvertrag.“[37])

Rehm begründet dies zunächst mit der Umständlichkeit, die bei der Verneinung der gestellten Frage erforderlich wäre, um einen gerechten Ausgleich zu finden.[38]) Der zweite Grund, den Rehm anführt,[39]) daß solche Barausgleichungen auch deshalb bei großen Beträgen über 1000 Mark zulässig seien, weil sie bei kleinen Beträgen unter 1000 Mark, auf die Aktien nicht ausgestellt werden dürfen, zulässig sind, ist nicht durchschlagend. Durch § 186, Abs. 4 ist die Leistung von Sachen als Erfüllung einer Bareinlagepflicht unmöglich gemacht, wenn es nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich festgelegt wurde. Wie auch Rehm auf S. 130 ausführt, ist dieses Verbot jedoch lediglich

[37]) Rehm, Aufsatz im Archiv f. bürgerl. Recht, 1903, S. 134.
[38]) Rehm, S. 126.
[39]) S. 128 a. a. O.

eine Schutzvorschrift für die Gläubiger und Aktionäre der Gesellschaft. Die Aenderung der Erfüllungsart ist dem Bareinlageversprechen nicht wesensfremd. Hieraus folgert Rehm,[40]) daß die Leistung von Bargeld statt der Sacheinlage nicht deshalb unmöglich sein kann, weil die Leistung von Sachen anstelle von Bareinlagen verboten ist. So kommt Rehm zu dem Ergebnis,[41]) daß die Umwandlung einer Sacheinlage in eine gemischte Sach-Bareinlage wohl möglich, aber nicht nötig ist. Da die Abwicklung des Einlagegeschäftes bedeutend einfacher vonstatten geht, wenn die Einlage reine Sacheinlage bleibt, wird man diese Form bevorzugen.

Diesem Ergebnis Rehms ist auch zuzustimmen, denn eine gesetzliche Bestimmung steht dieser Lösung nicht entgegen und es ist nicht einzusehen, warum man der praktischeren Entscheidung nicht den Vorzug geben soll.

β) Sacheinlage und gemischte Sach-Bareinlage bei der späteren Kapitalserhöhung der AG.

Unter α ist erläutert worden, daß die Sacheinlage auch dann reine Sacheinlage bleiben kann, wenn wegen Wertminderung des Geschäftes Bargeld vom Einleger zugezahlt werden muß. Rehm[42]) weist dies auch für den Fall der Sacheinlage bei der Kapitalserhöhung der AG. nach. Verschieden ist hier nur, daß sich die Umständlichkeiten der Umwandlung einer Sacheinlage in eine gemischte Sach-Bareinlage bei der Kapitalserhöhung mehren, da sowohl die beschlossene als auch die erfolgte Kapitalserhöhung zum Handelsregister anzumelden sind[43]) und somit beide Anmeldungserklärungen bzw. die Eintragungen geändert werden müßten. „Wenn die Umwandlung in eine gemischte Sach-Bareinlage erst nach der Anmeldung der erfolgten Kapitalserhöhung vorgenommen werden soll, müßten außerdem die nach § 284, Abs. 2, Ziffer 1 u. 2 der Anmeldeerklärung beizulegenden Urkunden ausgewechselt bzw. ergänzt werden."[44])

Wegen der weiteren Einzelheiten wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf unsere Ausführungen unter α verwiesen.

γ) Sacheinlage und gemischte Sach-Bareinlage bei der Gründung der GmbH.

Im § 5, IV GmbHG. ist bestimmt, daß, wenn von Gesellschaftern Einlagen, welche nicht in Geld zu leisten sind, auf das Stammkapital gemacht werden, die Person des Gesellschafters, der Gegenstand der Einlage sowie der Geldwert, für welchen die Einlage angenommen wird, im Gesell-

[40]) S. 132 a. a. O.
[41]) S. 133 u. 134 a. a. O.
[42]) Rehm, Arch. f. bürgerl. Recht, S. 119 ff.
[43]) § 280, Abs. 1 und § 284, Abs. 1.
[44]) Rehm, S. 127, Abschnitt 4.

schaftsvertrag festgesetzt werden muß. Bei Gründung der GmbH. wird die Sacheinlage nur versprochen; geleistet wird sie erst später. Zwischen dem Einlageversprechen und der Einlageleistung liegt also regelmäßig ein großer Zeitraum. Der Geldwert verschiedener Sachen unterliegt aber großen Schwankungen. Dies trifft vor allem auch bei Sachgesamtheiten, zu welcher Kategorie auch Handelsgeschäfte eines Einzelkaufmannes gehören, zu. Der Bilanzwert des Geschäftes muß also festgestellt werden. Derselbe ist aber zur Zeit der Einlageleistung ein anderer, als zur Zeit des Einlageversprechens. — In der Praxis wird meistens im Gesellschaftsvertrag der Bilanzwert des Geschäftes für den Tag angegeben, der dem Tag des Einlageversprechens vorausgeht. Nach diesem Geldwert, der im Gesellschaftsvertrag festgesetzt ist, wird die Höhe des Geschäftsanteiles bemessen und diese wird im Sacheinlagevertrag eingeräumt. Erhöht sich nun der Geldwert des Geschäftes, so bekommt die GmbH. zu viel und der Gesellschafter zu wenig. Verringert sich der Wert des Geschäftes, so bezieht die GmbH. zu wenig und der Einleger zu viel. Es liegt nun offenbar im Interesse beider Parteien, hierfür einen Ausgleich zu finden. Ein solcher muß auch nach dem Wesen der Sacheinlage als einer Verbindung von Leistung und ausgleichender Gegenleistung erfolgen. Wie kommt dieser Ausgleich jedoch zustande?

Steigt der Wert des Geschäftes, so hat die GmbH. dem Sacheinleger einen überschießnden Betrag in bar zu vergüten, denn die Höhe der Stammeinlagen ist im Gesellschaftsvertrag festgesetzt [46]) und kann nicht beliebig verändert werden, weil die Summe der Stammeinlagen mit der Höhe des Stammkapitals übereinstimmen muß,[47]) und die Höhe des Stammkapitals ebenfalls im Gesellschaftsvertrag festgesetzt ist.[48]) Sollen diese Angaben geändert werden, so müßte ein ganz neuer Gesellschaftsvertrag errichtet werden, was natürlich mit großen Umständlichkeiten verbunden ist.

Noch schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn sich der Wert des Geschäftes inzwischen verringert hat. Hier muß der Einleger bestimmt hinzuzahlen, weil sonst die Gläubiger hintergangen würden. Hier gibt es nur zwei Möglichkeiten: Entweder leistet der Einleger den Fehlbetrag als Einlage (Geldeinlage) nach, oder aber er gleicht ihn in bar aus. Im ersten Falle ergeben sich die gleichen Schwierigkeiten wie im Falle der Erhöhung des Geschäftswertes. Es wäre also auch hier ein neuer Gesellschaftsvertrag erforderlich, und zwar hier noch mehr, weil sonst die Gläubiger der GmbH. benachteiligt würden. Der Ausgleich in bar ist also der bedeutend einfachere Weg, weshalb er

[45]) Rehm, S. 125, Abs. 4.
[46]) § 3 GmbHG., Abs. 4.
[47]) § 5 Abs. 3, Satz 2 GmbHG.
[48]) § 3, Abs. 1 Ziffer 3 GmbHG.

zu bevorzugen ist. Daß dies zulässig ist, ist bereits oben unter d) bei der Gründung der AG. nachgewiesen, wenn auch die Aenderung des Gesellschaftsvertrages bei der Gründung der GmbH. nicht so umständlich ist wie bei der Gründung der AG.

δ) Sacheinlage und gemischte Sach-Bareinlage bei der Kapitalserhöhung der GmbH.

Die Umwandlung einer reinen Sacheinlage in eine gemischte Sach-Bareinlage ist bei der Errichtung der GmbH. zwar einfacher als bei der Gründung der AG. durchzuführen; immerhin aber erscheint sie noch umständlich genug. Soll die Umwandlung bei der Kapitalserhöhung der GmbH. erfolgen, so müßte zunächst der Beschluß, der die Kapitalserhöhung vorsieht, abgeändert werden. Hierzu ist wieder ein neuer Beschluß der Gesellschafter[49]) nötig — denn die Kapitalserhöhung ist ja eine Abänderung des Statuts. Dieser Beschluß müßte gerichtlich oder notariell beurkundet werden und bedürfte zu seiner Annahme einer Mehrheit von ¾ der abgegebenen Stimmen.[50]) Weiterhin wäre eine Aenderung der gerichtlich oder notariell aufzunehmenden oder wenigstens zu beglaubigenden Uebernahmeerklärungen erforderlich.[51]) Auch die Beilagen der Anmeldung der beschlossenen Stammkapitalserhöhung müßten ausgewechselt werden.[52]) Ist die Erhöhung schon eingetragen, so muß eine Statutenänderung und eine Eintragsänderung erfolgen. So legt es auch Rehm dar.[53])

Auch bei der Kapitalserhöhung der AG. sind die Schwierigkeiten größer als bei der GmbH., die Barausgleichung ist aber auch hier immer noch die einfachere und bessere Lösung. Im übrigen wird auf die Ausführungen unter Abschnitt α) verwiesen.

III. Die durch die Einlage des Geschäftes entstehende Rechtslage im einzelnen.

1. bei glatter Abwickelung des Einlagegeschäftes.

§ 6.

a) Form des Einlageversprechens.

α) Bei der Gründung der AG.

Der § 187 bezeichnet die Sacheinleger als Gründer der Gesellschaft. Die Gründer zeichnen aber nicht die Aktien, sondern übernehmen sie, so daß die Vorschriften über den Zeichnungsschein (§ 189) auf die Gründer keine Anwendung finden. Die

[49]) § 53, Abs. 1 GmbHG.
[50]) § 53, Abs. 2 GmbHG.
[51]) § 56, Abs. 1 GmbHG.
[52]) § 57, Abs. 2 GmbHG.
[53]) Rehm, S. 119 ff., S. 127 unten und S. 128 oben.

Uebernahme der Aktien hat regelmäßig bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages zu erfolgen. So ist im § 186 Abs. 2 bestimmt, daß, wenn auf das Grundkapital von Aktionären Einlagen gemacht werden, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, der Gegenstand der Einlage, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden müssen. Diese Festsetzungen unterliegn daher den allgemeinen Vorschriften, denen die Festsetzung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages unterliegt. Diese finden ihren Niederschlag im § 182 Abs. 1, und zwar folgendermaßen:

Die Feststellung des Gesellschaftsvertrages hat von mindestens fünf Personen zu erfolgen, welche Aktien übernehmen. Die Festlegung hat ferner in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung zu erfolgen. Streitig ist, ob sämtliche Gründer vor demselben Notar oder demselben Gericht und in ein und derselben Verhandlung den Inhalt des Gesellschaftsvertrages statuieren müssen [1]) oder ob sie ihn zu verschiedenen Zeiten oder in verschiedenen Verhandlungen feststellen können.[2])

Letzterer Ansicht möchten wir uns anschließen, denn regelmäßig werden die Gründer schon vorher verhandelt haben, so daß sie bei Beginn der notariellen Tagung über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages sich bereits einig sind und eine Beratung vor dem Notar oder dem Gericht nicht erforderlich sein würde. Da wir im § 3 dieser Arbeit die Ansicht vertreten haben, daß der Gesellschaftsvertrag auch ein Vertrag ist, spricht für unsere Ansicht auch der Wortlaut des § 128 BGB., der lautet: „Ist durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrages vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrages vor einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird.". „Es ist ein vom Gesetz nicht beabsichtigter, unnötiger Formalismus, wenn die — vielleicht weit voneinander entfernt wohnenden — Gründer zur Erfüllung der Formvorschrift sich sämtlich bei einer Urkundsperson einfinden müßten".[3]) Es ist nicht erforderlich, daß bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages sämtliche Aktien bereits übernommen werden, sondern § 188 Abs. 2 läßt zu, daß bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrages noch nicht übernommene Aktien in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung unter Angabe der Beträge, welche die einzelnen Gründer noch übernehmen, gezeichnet werden; dies aber nur von solchen Gründern, die bei der Feststellung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages mitgewirkt haben.[4]) Das Wort „einer" in dieser Ge-

---

[1]) Dieser Ansicht sind: Staub I, S. 34; Makover I, S. 466 c; Ritter 228, 2 a.

[2]) Brand, S. 472 c.

[3]) s. Brand a. a. O.

[4]) § 182.

setzesstelle ist nicht gleich „einer einzigen" zu setzen, sondern es können verschiedene Uebernehmer in verschiedenen Verhandlungen die Aktien übernehmen.[5]) Wir vermögen nicht einzusehen, warum bei der Nachtragsverhandlung, in der einer der Gründer die letzten Aktien übernimmt, sämtliche Gründer noch einmal zusammenkommen sollen. Brand, der dies annimmt, wird hier ganz inkonsequent,[6]) denn er hat zu § 182 den Standpunkt eingenommen.[7]) daß die Verhandlung, in der der Inhalt des Gesellschaftsvertrages festgestellt wird, nicht einheitlich zu sein braucht, sondern die einzelnen Gründer zu verschiedener Zeit und vor verschiedenen Notaren oder Gerichten ihre Zustimmung erteilen können.

β) Die Form des Einlageversprechens bei der späteren Kapitalserhöhung der AG.

Wie bei der Gründung der AG. hat das Gesetz auch für den Fall von Sacheinlagen bei der Kapitalserhöhung der AG. besondere Formvorschriften erlassen. Auch hier ist bestimmt, daß der Gegenstand der Einlage, die Person des Einlegers und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden müssen. Die Sacheinleger können hier aber nicht die Aktien übernehmen, sondern müssen sie, wie die Bareinleger, zeichnen. Sie müssen daher einen Zeichnungsschein ausstellen. Dieser muß schriftlich sein und doppelt ausgestellt werden und unterliegt den weiteren Formvorschriften der §§ 281 und 189. Er muß auch die in im § 279 genannten Feststellungen enthalten.[8])

Da die in den §§ 279. I und 186. II bestimmten Festsetzungen im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden müssen, unterliegen sie auch den Bestimmungen über den Erhöhungsbeschluß. In Betracht kommen dafür die Regeln des § 278, und da dieser bestimmt, daß auf den Beschluß über Kapitalserhöhung die Vorschriften über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages Anwendung finden, auch die §§ 274 ff.

Streitig ist nun, ob außerdem noch besondere Verträge erforderlich sind. Wir halten dies nicht für nötig, denn § 284, Abs. 2, Ziffer 2 ordnet parallel zu § 195. II, Ziffer 2 an, daß im Falle von Sacheinlagen die Verträge, welche diesen zugrundeliegen, oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, der Anmeldung beigefügt werden müssen. Beide Gesetzesstellen

---

[5]) Vgl. auch Brand, S. 489, 3 a; Staub, S. 70/71 Anm. 13. Entgegen Makower, 488, 2; Lehmann-Ring, S. 26.

[6]) S. 489 3 b: so auch Lehmann-Ring, S. 26.

[7]) Brand, 472.

[8]) § 279, I.

sind aber nur für den Fall erlassen, daß solche Verträge überhaupt schriftlich geschlossen wurden; notwendig sind solche jedoch nicht.[9])

γ) Die Form des Einlageversprechens bei der Gründung der GmbH.

Die Sacheinlage bei der Gründung der GmbH. wird im § 5, IV GmbHG. geregelt, der bestimmt, daß die Person des Sacheinlegers, der Gegenstand der Sacheinlage sowie der Geldwert, für welchen die Einlage angenommen wird, im Gesellschaftsvertrag enthalten sein müssen. Die Sacheinlage ist also auch hier, wie bei der Gründung der AG., ein wesentlicher Bestandteil des Gesellschaftsvertrages und unterliegt als solcher den Formvorschriften über den Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Diese Vorschriften enthält der § 2 GmbHG.

§ 2, I bestimmt, daß der Gesellschaftsvertrag des Abschlusses in gerichtlicher oder notarieller Form bedarf und daß er von sämtlichen Gesellschaftern unterzeichnet sein muß. Der Absatz 2 läßt jedoch zu, daß die Unterzeichnungen durch Bevollmächtigte vorgenommen werden. Jedoch muß die Vollmacht gerichtlich oder notariell beglaubigt sein.

Stufengründung ist hier ausgeschlossen, da der Vertrag von allen Gesellschaftern in einem einheitlichen Protokoll unterzeichnet sein muß. § 128 BGB. ist hier anwendbar.[10])

δ) Die Form des Einlageversprechens bei der Kapitalserhöhung der GmbH.

Die Sacheinlage bei der Kapitalserhöhung der GmbH. wird geregelt im § 56 GmbHG. Dieser schreibt vor, daß die Person des Einlegers, der Gegenstand der Einlage und der Geldwert, für welchen die Einlage angenommen wird, in dem Beschluß auf Erhöhung des Stammkapitals festgesetzt werden müssen, und in der im § 55, I GmbHG. angeführten Erklärung angegeben werden muß. Der Kapitalserhöhungsbeschluß ist eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages und unterliegt den Formen des § 53 GmbHG. Nach § 53 kann die Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur durch Beschluß der Gesellschafter erfolgen; der Beschluß muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden, ferner bedarf er einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Die im § 55, I GmbHG. angebene Erklärung ist die Uebernahmeerklärung des Einlegers, in der er den neuen Geschäftsanteil übernimmt. Dieselbe muß gerichtlich oder notariell aufgenommen oder zum mindesten beglaubigt sein.

[9]) Lehmann-Ring, S. 209, 2; Brand, S. 715, 4; Staub, S. 489, Anm. 4.

[10]) Scholz, S. 51.

b) Der Kaufmann muß nicht Eigentümer des einzulegenden Geschäftes sein.

Der Einleger eines Handelsgeschäftes braucht nicht unbedingt Eigentümer des einzulegenden Geschäftes zu sein. Es ist durchaus möglich, daß der Sacheinleger eine einem Dritten gehörige Sache, also auch ein einem Dritten gehöriges Handelsgeschäft einbringt. Es kann sogar verabredet werden, daß der Dritte sein Geschäft direkt auf die Gesellschaft überträgt und das Geschäft also niemals in das Eigentum des Einlegers gelangt ist.[11]) Selbstverständlich ist dabei die Zustimmung des Dritten erforderlich.[12])

Das Ausgeführte gilt sowohl für die Einbringung des Unternehmens eines Einzelkaufmannes bei der Gründung und bei der Kapitalserhöhung der AG., als auch bei der Gründung und Kapitalserhöhung der GmbH. Allerdings wird dieser Fall nicht allzu häufig vorkommen und sei nur der Vollständigkeit halber hier erwähnt.

§ 8.

c) Leistungszeit.

α) Bei der Gründung und Kapitalserhöhung der AG.

Der § 195, III, 1, 2 ordnet an, der Anmeldung der AG. zum Handelsregister eine Erklärung beizufügen, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag bar einbezahlt und im Besitz des Vorstandes ist. Der Betrag, zu welchem die Aktien ausgegeben werden, sowie der hierauf bar eingezahlten Beträge sind anzugeben; dieser muß mindestens ein Viertel des Nennbetrages umfassen.

In dieser Gesetzesstelle sind jedoch nur die Bareinlagen gemeint. Es fragt sich nun, ob die Sacheinlagen ähnlich behandelt werden sollen, da auch sonst keine gesetzlichen Bestimmungen über die Leistung von Sacheinlagen vorhanden sind.[13]) Dies ist nach herrschender Lehre zu verneinen,[14]) denn das einzulegende Geschäft soll dem Betriebe der AG. dienen. Der Gewerbebetrieb der AG. beginnt aber nicht vor der Eintragung der AG. in das Handelsregister, da erst durch die Eintragung eine AG. überhaupt entsteht.[15])

---

[11]) Staub, S. 60, Anm. 7; Brand S. 484, d; Makower, S. 480, 3; Lehmann-Ring, S. 22 a; Scholz S. 111 c.

[12]) OLG. 1, 248; RFH 10, 22; RG. 22, 24; RJA. 1, 247.

[13]) Ausnahme § 278/I.

[14]) Rehm, S. 121 f.; Staub-Pinner, S. 96 Anm. 20; Makower, S. 506, IV, 1 a; Lehmann-Ring, S. 39; Noppel, S. 43 f.

[15]) § 200, I.

Die AG. könnte also vor der Eintragung mit dem Geschäft gar nichts anfangen. Gehören zu dem Gewerbebetriebe Grundstücke, so wäre es sehr unpraktisch, wenn diese zunächst einmal an die Gründergesellschaft und nach der Eintragung der AG. in das Handelsregister an die AG. aufgelassen würden. Die Sacheinlagen können vor der Eintragung bereits geleistet werden; ein Anspruch der Gründergesellschaft auf Leistung der Sacheinlagen vor Eintragung der AG. besteht jedoch gesetzlich nicht, vertraglich kann er natürlich ausgemacht werden.

Bei der Kapitalserhöhung der AG. ist die Rechtslage die gleiche wie bei der Gründung, denn nach § 284, III finden die Vorschriften des § 195, III auf die Anmeldung der Kapitalserhöhung entsprechende Anwendung.

β) Leistungszeit bei der Gründung und Kapitalserhöhung der GmbH.

Die im § 195, III parallele Bestimmung des GmbHG. ist der § 7, II GmbHG. Dieser besagt, daß „die Anmeldung nur erfolgen darf, nachdem von jeder Stammeinlage, soweit nicht andere als in Geld zu leistende Einlagen auf das Stammkapital gemacht sind, ein Viertel einbezahlt ist." Aus dieser Bestimmung geht ganz deutlich hervor, daß nur von Bareinlagen ein Viertel bezahlt werden muß, bevor die Anmeldung erfolgt. Die Ansicht, die Staub in seiner I. Auflage, Anm. 11 zu § 7[16]) vertritt, „daß nämlich die Sacheinlage vor der Anmeldung geleistet sein muß", ist falsch und auch vereinzelt geblieben. Geleistet braucht die Einlage erst nach der Eintragung der GmbH. zu werden. Streitig ist heute nur noch, ob das Geschäft bereits vor der Eintragung zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen muß. Diese Streitfrage soll aber erst in § 9 vorliegender Arbeit behandelt werden.

Bei der Kapitalserhöhung der GmbH. braucht die Sacheinlage ebenfalls erst nach der Eintragung geleistet zu werden, denn nach § 54, II GmbHG. finden die Vorschriften der §§ 7, II und 8, II auf die Anmeldung der Kapitalserhöhung entsprechende Anwendung.

§ 9.

d) Anwendbarkeit der §§ 7, II, 8, II GmbHG. auf Sacheinlagen.

Wie wir schon erwähnt haben, handelt es sich im Folgenden um die Frage, ob die Sacheinlage bereits vor der Anmeldung zur Verfügung gestellt sein muß.

Anlaß zu dieser Streitfrage gibt nicht § 7, II GmbHG., sondern der § 8, II dieses Gesetzes, der lautet: „In der Anmeldung

[16]) Scholz, S. 135, 3 a.

ist die Versicherung abzugeben, daß die im § 7, II bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlage bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet." Die herrschende Ansicht vertritt den Standpunkt,[17]) daß die Sacheinlage vor der Eintragung zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen müsse. Sie begründet dies damit, daß die Worte: „. . . . und daß der Gegenstand der Leistungen sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet" sich auch auf die Sacheinlagen beziehen müßten. Dieser Ansicht ist auch das Reichsgericht. Es führt in einer Entscheidung[18]) zunächst als Grund auf, daß sowohl der erste als auch der zweite Satzteil des § 8, II sich auf die im § 7, II bezeichneten Leistungen beziehe,[19]) was ganz richtig ist. Es kommt nun aber darauf an, welche Leistungen als im § 7, II bezeichnet aufzufassen sind. Das Reichsgericht vertritt den Standpunkt, daß die Leistungen sowohl auf Bareinlagen als auch auf Sacheinlagen im § 7, II GmbHG. anzuwenden sind. Im Falle einer wörtlichen Auslegung hätte das Reichsgericht ja recht, aber Gesetzesstellen müssen doch sinngemäß interpretiert werden. Bei einer sinngemäßen Auslegung des § 7, II versagt aber die Beweisführung des Reichsgerichtes in diesem Punkte vollkommen. Denn der Nebensatz im § 7, II „soweit nicht andere als in Geld zu leistende Einlagen gemacht sind", schließt die Sacheinlagen geradezu von dieser Bestimmung aus. Deshalb muß auch angenommen werden, daß im § 7, II nur die Bareinlagen bezeichnet sind und daß der § 8, II „mit den im § 7, II bezeichneten Leistungen" nur die Leistungen auf Bareinlagen meint.

Das Reichsgericht führt weiterhin zur Begründung seines Standpunktes aus,[20]) daß es im § 7, II heiße: „Soweit nicht andere als in Geld zu leistende Einlagen auf das Stammkapital gemacht sind", während es im § 5, IV heiße: „Sollen von den Gesellschaftern Einlagen, welche nicht in barem Gelde zu leisten sind, auf das Stammkapital gemacht werden." Offenbar will hier das Reichsgericht unter „Sacheinlage machen" verstanden wissen „die Sacheinlage zur Verfügung stellen." Aber auch das ist abwegig.

Man kann den Ausdruck „Sacheinlage machen" nur in zweifacher Hinsicht auslegen:

Einerseits kann man darunter verstehen „die Sacheinlage versprechen", andererseits „die Sacheinlage leisten". Nach na-

---

[17]) RGSt. 43, 250; 48, 153; REZ. 84, 337; RG. Recht 1914, 1519; 1915, 761; KGJ. 35 171; 38, 165; Rundschau GmbH. 1927, 720; Parisius-Crüger, S. 123, 5; Liebmann-Saenger, S. 68, Anm. 7.
[18]) RGSt. 43, 250 ff. IV. Str.Sen. 15. 4. 1910.
[19]) RGSt. 43, S. 252.
[20]) RGSt. 43, 253.

türlicher Auffassung können dazwischenliegende Auslegungen nicht vertreten werden.

Die Auslegung „Sacheinlage leisten" kann aber nicht in Frage kommen, da die herrschende Meinung, auch das Reichsgericht in der angezogenen Entscheidung, dies nicht verlangt und nach dem Wortlaut der Motive zum GmbHG. auch nicht verlangen kann.[21]) Somit bleibt nur die Auslegung „Sacheinlage versprechen" über.

Zur weiteren Ausführung[22]) gibt das Reichsgericht die Begründung des Regierungsentwurfes wieder. In dieser Begründung heißt es auf Seite 54: „Der Gegenstand einer Sacheinlage muß vielmehr unter allen Umständen der Gesellschaft schon vor der Eintragung unverkürzt zur Verfügung gestellt werden, wenn auch unter Umständen die weiter zur Erfüllung der Einlageverpflichtung erforderlichen Rechtsakte, wie namentlich die grundbuchmäßige Uebertragung des Eigentums an Immobilien, zunächst noch vorbehalten bleiben muß." Hierzu ist vor allem zu bemerken, daß eine Zurverfügungstellung der Einlagen an die Gesellschaft vor ihrer Eintragung überhaupt nicht möglich ist, da die GmbH. erst mit der Eintragung Rechtspersönlichkeit erwirbt.[23]) Es ist höchstens eine Zurverfügungstellung an die Geschäftsführer möglich.

Weiterhin ist es unerklärlich, wie sich der Gesetzgeber das freie „Zurverfügungstellen" von Grundstücken anders vorstellt als durch grundbuchmäßige Auflassung. Das Zurverfügungstellen ist im Sinne des BGB. aufzufassen.[24]) Denn Artikel 11, I EGHGB. paßt den Inhalt des § 7 GmbHG. der am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Reichsgesetzgebung an. Danach kann „Verfügung" nur eine dingliche Verfügung, rechtliche Herrschaft über die Sache bedeuten. Das freie „Zurverfügungstellen" kann demnach nur dadurch geschehen, daß der Sacheinleger den Geschäftsführern die rechtliche Herrschaft, d. i. das Eigentum überläßt. Das ist aber nicht verlangt.

Die Begründung des Entwurfes führt nun weiter fort: „Die Bestimmung in § 7 ist dementsprechend gefaßt". Nach dem oben Gesagten ist es unmöglich, daß der § 7, II entsprechend den Gedankengängen des Entwurfes gefaßt ist. Denn Sacheinlagen sind im § 7, II nicht gemeint, da diese durch den Satz: „soweit nicht andere als in Geld zu leistende Einlagen auf das Stammkapital gemacht sind", von der Bestimmung des § 7, II sogar ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Endlich bespricht das Reichsgericht[25]) den Zweck des Gesetzes. Es sieht ihn im Vorhandensein eines gewissen Teiles

[21]) RGSt. 48, 153.
[22]) RGZ. 43, 252.
[23]) § 11, I, EGHGB.
[24]) Aehnlich Scholz, § 136.
[25]) RGZ. 43, 253.

des Stammkapitals vor der Anmeldung, um Dritten, namentlich Kreditgebern, Sicherheit zu bieten. Die erste Zweckbestimmung ist nicht ganz richtig. Das Gesetz bezweckt nämlich nicht das Vorhandensein eines Teiles des Stammkapitals, sondern das Vorhandensein von Bargeld, damit die Gesellschaft nicht gänzlich ohne Barmittel dasteht, wenn sie ins Leben tritt, wie dies ja übrigens auch bei der Gründung der AG. der Fall ist. Was die weitere Zweckangabe, den Schutz und die Sicherheit der Gläubiger und Kreditgeber betrifft, so ist dieser bereits durch § 5, IV genügend gewährleistet. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber, der bei der GmbH. im allgemeinen die Schutzvorschriften für Sacheinlagen gegenüber dem Aktienrecht bedeutend gemildert und vereinfacht hat, plötzlich eine so scharfe Bestimmung erlassen sollte. Die Milderung der Schutzvorschriften ist auch bei der GmbH. sehr angebracht, da bei der Gründung der AG., an der sich durchschnittlich viel mehr und einander fremdere Personen beteiligen, die Betrugs- und Verlustgefahr viel größer ist, als bei der Gründung der GmbH.

Der Entscheidung ist also auf Grund des Angeführten nicht zuzustimmen.

Die gleiche Ansicht vertritt das Reichsgericht in noch weiteren Entscheidungen — wie wir schon erwähnt haben —, die aber größtenteils keine wesentlich neuen Gesichtspunkte in der Begründung enthalten. Lediglich die Entscheidung RGSt. 48, 153 ff. hat einen neuen Punkt angeführt, der nicht unwidersprochen bleiben kann. Das Reichsgericht vertritt die Ansicht, daß bei der Gründung der GmbH. die Zurverfügungstellung von Sacheinlagen vor der Eintragung deshalb erforderlich sei, weil das GmbHG. keine Schutzvorschriften für Sacheinlagen enthalte, während das Aktienrecht eine ganze Menge solcher Schutzbestimmungen besäße. Das ist nicht richtig, denn

1. die Hauptvorschrift, daß das Sacheinlageversprechen im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein muß, ist für die GmbH. im § 5 IV genau so vorhanden, wie für das Aktienrecht im § 186 II;
2. das RG. erwähnt nicht den § 19, III GmbHG., wonach eine Leistung auf eine Stammeinlage, die nicht in barem Gelde besteht, den Gesellschafter nur von seiner Verpflichtung befreit, soweit sie in Ausführung einer nach § 5, IV getroffenen Bestimmung erfolgt.

Die gleiche Ansicht vertritt die angeführte Literatur, ohne jedoch neue wesentliche Gründe angeben zu können. Die herrschende Ansicht ist also falsch. Nach richtiger Beurteilung [26]) brauchen die Sacheinlagen auch bei der Gründung der GmbH.

---

[26]) Scholz, S. 135; Hachenburg, S. 234 ff.; Rehm, S. 132; Müller-Erzbach S. 336.

vor der Eintragung weder geleistet, noch zur Verfügung gestellt werden.

Die Ansicht, daß Sacheinlagen bei der Gründung der GmbH. vor der Anmeldung an den Geschäftsführer nicht zur Verfügung gestellt sein müssen, wird vor allem vom Civilsenat des OLG. Hamburg in einer Entscheidung [27]) vertreten. Die Gründe dieser Entscheidung gehen im wesentlichen mit den von uns angeführten Gründen zur Widerlegung des Standpunktes des Reichsgerichts einig. Nur zwei neue Momente sollen hier noch erörtert werden.

Das erste Moment bringt das Gericht bei der Besprechung der Begründung des Regierungsentwurfes. Die in Frage kommende Stelle dieser Entwurfsbegründung ist weiter oben wiedergegeben worden. Das OLG. Hamburg legt den Wortlaut der Regierungsentwurfsbegründung so aus, daß durch ihn nur eine Sacheinlageverpflichtung, nicht aber eine Zurverfügungstellung der Sacheinlage vor der Anmeldung und vor der Eintragung erforderlich wäre. Es führt aus, daß in der Einlageverpflichtungserklärung, die nach § 5 IV ja Bestandteil des Gesellschaftsvertrages sei, die Versicherung abgegeben werden müsse, der Einleger werde die Sacheinlage zur Verfügung stellen. Dieser Gesellschaftsvertrag sei nach § 8, I, Ziffer 1 der Anmeldung beizufügen. Eine nochmalige Versicherung durch die die Sacheinlage zur Verfügung der Geschäftsführer gestellt würde, sei dann doch wirklich überflüssig.

Das zweite Moment [28]) erwähnt das OLG. bei der Darlegung des Gesetzeszweckes. Es führt aus, daß nach § 5, IV der Wert der Sacheinlagen festgesetzt sein müsse. Allerdings sei dieser Wert seiner Höhe nach nicht garantiert. Dies sei aber auch dann nicht der Fall, wenn die Sacheinlage den Geschäftsführern zur Verfügung gestellt werde. Soweit habe die Zurverfügungstellung gar keinen Zweck.

Mit dem hier vertretenen Standpunkt gehen mehrere Schriftsteller überein.[29]) Staub-Hachenburg beschäftigt sich zwar sehr ausführlich mit der Streitfrage, bringt aber keine wesentlichen Gründe, die nicht in dieser Arbeit schon gewürdigt sind.

Wir glauben daher nachgewiesen zu haben, daß Sacheinlagen vor der Eintragung der GmbH. bei der Gründung auch nicht zur Verfügung gestellt zu werden brauchen.

Bei der Kapitalserhöhung ist die Rechtslage dieselbe, denn nach § 57, II GmbHG. finden die Vorschriften des § 7, II und § 8, II auf die Anmeldung der Kapitalserhöhung der GmbH. entsprechende Anwendung.

---

[27]) OLG. 16, 112.
[28]) OLG. 16, 113.
[29]) Scholz 135 f.; Staub-Hachenburg, S. 234 f.; Rehm, S. 122; Müller-Erzbach, S. 336.

e) Zeit des Geschäftserwerbes durch die Gesellschaft.

α) bei der AG.

Nach § 200 I, 1 entspricht die AG. als solche erst mit der Eintragung derselben in das Handelsregister. Vor der Eintragung ist sie keine juristische Person. Das Reichsgericht bezeichnet die Vorgesellschaft als nasciturus im Gebiete der juristischen Person.[30]) Es ist allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß ein Wesen, das noch keine Rechtspersönlichkeit erlangt hat, kein Eigentum erwerben kann. Für den nasciturus können allerdings durch vorsorgende Tätigkeit Rechte gesichert werden; erwerben kann er diese Rechte aber erst nach der Entstehung seiner Rechtspersönlichkeit.[31]) Diese ist für die AG. erst mit der Eintragung vorhanden. Somit kann auch die AG. das Eigentum an dem eingebrachten Geschäft erst mit der Eintragung erwerben. „Soweit die im Namen der Gründergesellschaft vorgenommenen Rechtsakte sich lediglich auf die Vorbereitung und Gründung der künftigen AG. beziehen, wird die letztere im Augenblick ihres Entstehens, also mit ihrer Eintragung, ohne weiteres aus allen diesen Rechtshandlungen allein berechtigt und verpflichtet.

Selbstverständlich ist, daß damit nur gesagt sein soll, daß die Zeit der Eintragung der früheste Zeitpunkt für die Erwerbsmöglichkeit ist. Erfolgt die tatsächliche Uebergabe des Geschäfts erst später, was gesetzlich nicht unmöglich ist, so erwirbt die AG. das Eigentum an dem Geschäfte natürlich erst mit der Uebergabe.

Bei der Kapitalserhöhung der AG. ist selbstverständlich, daß die AG. bereits Rechtspersönlichkeit besitzt; infolgedessen kann sie wie jede juristische Person das Eigentum an dem Geschäft jederzeit nach den Vorschriften des BGB. erwerben.

β) bei der GmbH.

Nach § 11, I GmbHG. besteht die GmbH. vor der Eintragung in das Handelsregister ihres Sitzes als solche nicht. Sie ist vor ihrer Eintragung eine Gesellschaft des BGB. nach § 705 ff.[32]) Da die GmbH. erst mit der Eintragung als solche entsteht, kann sie erst von diesem Zeitpunkte ab Eigentum erwerben. Das Recht der Gesellschaft auf die dem Gesellschaftsvertrage entsprechenden Sach- und Geldeinlagen entsteht also kraft Gesetzes mit der Gesellschaft selbst.[33]) Die Gründer der Gesellschaft haben diejenigen Geschäfte zu erledigen, die auf die Entstehung und Ein-

[30]) RGZ. 105, 228.
[31]) §§ 1, 1923, Abs. II BGB.
[32]) Scholz, S. 150, 2 a; RGZ. 58, 553, zitiert bei Staub-Hachenburg, S. 263, Anm. 2.
[33]) RGZ. 84, 373, zitiert bei Scholz, § 11.

tragung der GmbH. gerichtet sind. Aus diesen Geschäften der Gründergesellschaft wird die GmbH. im Augenblick der Eintragung allein berechtigt und verpflichtet. Der Augenblick der Eintragung ist also der früheste Zeitpunkt, der für den Eigentumserwerb der GmbH. an dem einzubringenden Handelsunternehmen in Frage kommen kann. Ist im Gesellschaftsvertrag ein späterer Zeitpunkt für die Einbringung vereinbart, was gesetzlich zulässig ist, so erwirbt die GmbH. das Eigentumsrecht an dem Gewerbebetrieb selbstverständlich erst mit der Uebergabe desselben.

Da die GmbH. bei der Kapitalserhöhung ebenso wie die AG. Rechtspersönlichkeit hat, kann sie das Eigentum an dem einzubringenden Geschäft selbstverständlich jederzeit nach BGB. durch Uebergabe erwerben.

§ 11.

f) Firmenrecht.

α) bei der AG.

Firma ist der Handelsname des Kaufmannes (§ 17). Nach § 20 wird die Firma einer AG. in der Regel von dem Gegenstand des Unternehmens zu entlehnen sein, außerdem hat die Firma auch die Bezeichnung „AG." zu enthalten. Für den Fall der Einlage des Geschäftes eines Einzelkaufmanns in eine AG. wird man wohl gewöhnlich die Firma von dem Namen des Einlegers des Geschäftes herleiten, besonders, wenn mit der Einlage des Geschäftes lediglich die Umwandlung des Unternehmens in eine AG. bezweckt wird.

Die Annahme der Einlageleistung von Seiten der AG. in Erfüllung des Illationsversprechens eines Sacheinlegers ist Erwerb. In Ansehung der in §§ *22* geregelten Rechtsverhältnisse stehen sich Sachübernahme und Sacheinlage also gleich.

Nach § *22* darf die AG. für das erworbene Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Bezeichnung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber in die Weiterführung der Firma ausdrücklich willigt. Allerdings muß die Vorschrift des zweiten Satzes dieses Paragraphen beobachtet werden. Da das Gesetz den Uebergang von Schulden und Forderungen von der Fortführung der Firma durch den Erwerber des Geschäftes abhängig macht und diese Rechtsmaterie auch unter Abschnitt „Handelsfirma" §§ 17 ff. behandelt, werden auch wir diese Rechtsverhältnisse in diesem Zusammenhange erörtern.

aa) Uebergang von Schulden und Forderungen.

Führt die AG. das erworbene Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fort, so haftet sie für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers.

Gleichgültig ist hierbei, ob der einlegende Einzelkaufmann in die Fortführung der Firma einwilligt oder nicht (§ 25, I, 1). Ausnahmsweise kann nach Abs. 2 dieses Paragraphen 1. durch Herbeiführung der Kenntnis des Dritten durch Mitteilung an diesen oder 2. durch Eintragung im Handelsregister und Bekanntmachung die Haftung ausgeschlossen werden. Neben der AG. haftet der einlegende Kaufmann aus seinen Verpflichtungen weiter. Diese Haftung der beiden ist gesamtschuldnerisch.[34]) Führt die AG. die bisherige Firma nicht fort, so haftet sie für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekanntgemacht wird, und zwar von der Aktiengesellschaft (§ 25, III).

Die im eingelegten Geschäfte begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die AG. übergegangen, falls der Einleger in die Fortführung der Firma gewilligt hat (§ 25, I, 2). Absatz 2 des § 25 ist auch hier anwendbar.

Durch die Regelung des Ueberganges von Forderungen und Schulden auf die AG. ist auch gleichzeitig der Einfluß des Geschäftsüberganges auf Verträge des bisherigen Inhabers mit Dritten geregelt. Die AG. ist nicht befugt, ohne Zustimmung des Gegners im Prozeß anstelle des Einbringenden einzutreten.[35])

Nach § 26 verjähren die Ansprüche der Gläubiger gegen den Einleger des Geschäftes mit dem Ablauf von 5 Jahren, wenn die AG. auf Grund der Fortführung der Firma (§ 25, I) oder auf Grund der im § 25, III bezeichneten Bekanntmachungen für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar ist.

bb) Nutznießung während der Zwischenzeit.

In diesem Zusammenhang soll auch die Frage der Nutznießung am Geschäfte während der Zeit zwischen dem Einlegeversprechen und der Einlageleistung gestreift werden. Wir haben bereits im § 5 b erörtert, daß in dieser Zwischenzeit sich der Wert des Geschäftes oft ändert, entweder sich erhöht oder sich verringert. Es ist aber unbedingt notwendig, daß das Geschäft mit einem bestimmten Bilanzwerte eingebracht wird. Dieser Wert muß im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden (§ 182). Der Fehlbetrag muß dann in bar ausgeglichen werden. Um derartige Ausgleichungen zu vermeiden, findet sich häufig in den Satzungen der AG. die Bestimmung, daß die Geschäfte nach dem Stande eines bestimmten vorhergehenden Tages übernommen werden. Die von da ab eintretenden Verände-

---

[34]) Brand, S. 99; Goldmann, S. 104; Makower, S. 125.
[35]) Staub, S. 67, Anm. 21 zu § 186.

rungen gehen dann zu Gunsten oder zu Lasten der Gesellschaft. Eine solche Einbringung ist zulässig. Natürlich ist das, was das Geschäft von dem Tage der Einbringung bis zu dem der Uebergabe verdient hat, nicht Gewinn der AG., sondern vermehrt das Gesellschaftsvermögen. Bilanzmäßig kommt allerdings diese Nutzung nicht zum Ausdruck wegen der Vorschrift des § 261. Denn dieser bestimmt unter Ziffer 2, daß „andere als unter Ziffer 1 genannte[36]) Vermögensgegenstände höchstens zum Anschaffungs- oder Herstellungspreise anzusetzen" sind. Nach § 261, Ziffer 3 dürfen „Anlagen und sonstige Gegenstände, die nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind, ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert zu dem Anschaffungs- und Herstellungspreis eingesetzt werden, sofern ein der Abnützung gleichkommender Betrag in Abzug gebracht oder ein ihr entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird. Wenn auch das Geschäft vor der Eintragung noch nicht übereignet sein muß, muß es trotzdem bereits in der Eröffnungsbilanz unter den Aktiven angesetzt sein, weil anderseits nach § 261 Ziffer 5 der Betrag des Grundkapitals unter die Passiven der Bilanz aufzunehmen ist.[37])

β) Bei der GmbH.

Bei der GmbH. ist die Firma im § 4 des GmbHG. geregelt. Im wesentlichen sind diese Regelung des Firmenrechtes und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen analog der AG., d. h. die Vorschriften der §§ 17, 20, 22, 24 ff. finden auch hier Anwendung.

Somit ist das Firmenrecht, der Uebergang von Schulden und Forderungen sowie der Einfluß des Geschäftsüberganges auf Verträge des Einlegers mit dritten Personen in gleicher Weise geregelt wie bei der Einlage des Geschäftes eines Einzelkaufmannes in eine AG.

Auch die Nutznießung während der Zwischenzeit regelt sich bei der Einlage des Geschäftes in eine GmbH., wie bei der AG.,[38]) auch hier wird am besten ein bestimmter Bilanztag, von welchem ab jede Wertveränderung zu Lasten oder zu Gunsten der GmbH. geht, festgesetzt.

Was die Einsetzung des eingebrachten Geschäftes in die Bilanz betrifft, so gilt bei der GmbH. dasselbe, was wir hierüber bei der AG. gesagt haben.[39])

---

[36]) Wertpapiere und Waren die einen Börsen- oder Marktpreis haben.

[37]) Aehnlich Rehm, Bilanzen S. 29.

[38]) Vgl. Staub-Hachenburg, Anm. 19 zu § 5 GmbHG.

[39]) § 42/I Ziff. 1 und 4 GmbHG.

Die durch die Einlage des Geschäftes entstehende Rechtslage im Einzelnen.

2. Bei Unregelmäßigkeiten in der Abwicklung des Einlagegeschäftes.

§ 12.

a) Anfechtbarkeit des Illationsversprechens.

α) bei der Aktiengesellschaft.

Nach § 213 kann der Aktionär seine Einlage nicht zurückfordern. Ein einseitiges Anfechtungsrecht ist in der Regel ausgeschlossen. Vielmehr ist er auf die Bestimmungen der §§ 266 ff. angewiesen, wonach er seine Ansprüche nur in der Art geltend machen kann, daß er eine Revision der Gründung durchsetzt. Dagegen kann der, der in Wahrheit nicht Aktionär geworden ist, sondern in der irrtümlichen Meinung, er sei es geworden, eine Einlage gemacht hat, sie als Zahlung einer Nichtschuld zurückfordern.[40]) (§§ 813, 814 BGB.) Ebenso steht die Rückforderung einem Aktionär zu, der irrtümlich eine gar nicht eingeforderte Einzahlung macht.[41]) Hierbei kann auch bemerkt werden, daß nach § 221, II der Einleger nicht eine etwaige Forderung gegen die Gesellschaft mit seiner Einlage aufrechnen kann.

β) Die Anfechtbarkeit des Illationsversprechens bei der GmbH.

Das GmbHG. enthält keine besonderen Vorschriften über die Anfechtung des Illationsversprechens. Es bleibt demnach nur übrig, die Vorschriften des BGB. hier anzuwenden, soweit die Natur der GmbH. nicht eine besondere Modifikation verlangt. Eine Anfechtung wegen Irrtums ist daher ebenso wie die Geltendmachung von Vereinbarungen, die nicht im Gründungsakt beurkundet sind, ausgeschlossen.[42]) Es bleibt nur die Möglichkeit der Amortisation oder Einziehung des Geschäftsanteiles (§ 34 GmbHG.),[43]) welche noch weiter unten behandelt wird. (Siehe § 16 b dieser Arbeit.) Stundung und Erlaß der Einlageleistung, Aufrechnung einer Forderung des Einlegers gegen die Gesellschaft mit der Einlage und Zurückbehaltungsrecht an dem Geschäft wegen einer Forderung an die Gesellschaft, die sich nicht auf das Geschäft bezieht, ist nach § 19, II GmbHG. ausgeschlossen.

---

[40]) ROHG. 22, 194.
[41]) Cosack, § 213, II, 8.
[42]) RGZ. 82, 303.
[43]) RGZ. 68, 273.

§ 13.

b) Unwirksamkeit des Sacheinlageversprechens.

α) Bei der Gründung der AG.

Ist bei Abschluß des Sacheinlageversprechens gegen die Vorschrift des § 186, II verstoßen worden, so ist das Abkommen gegenüber der Gesellschaft unwirksam. Da, wie bereits ober nachgewiesen, das Sacheinlageversprechen ein Teil des Gesellschaftsvertrages ist, so ist es ebenfalls unwirksam, wenn von den Gründern gegen § 182 verstoßen ist, weil dann mit dem Gesellschaftsvertrage auch das Sacheinlageversprechen unwirksam ist.

Wir sind der Ansicht, daß das Sacheinlageversprechen nicht nur aus aktienrechtlichen, sondern auch aus bürgerlichrechtlichen Gründen nichtig sein kann. Wie wir schon weiter oben ausgeführt haben, finden die Vorschriften des BGB. für die AG. und GmbH. vor der Gründung subsidär Anwendung.

Liegt Unwirksamkeit des Sacheinlageversprechens vor, so darf der Registerrichter die AG. nicht eintragen. Tut er es doch, so ist zunächst wie die AG. selbst auch das Sacheinlageversprechen nicht etwa von selbst nichtig, sondern die Unwirksamkeit muß nach den §§ 309 f. durch die Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Auf Grund des § 310 ist die AG. aber nur dann unheilbar nichtig, wenn gegen die Vorschriften des § 182, II Ziffer 3, welche die Angabe der Höhe des Grundkapitals und des Betrages der einzelnen Aktien im Gesellschaftsvertrage betrifft, verstoßen worden ist.

Es ist nun bestritten, ob zu den Verletzungen vorgenannter Vorschrift auch die dahin gehende Umgehung des Gesetzes gehört, daß, obgleich Sacheinlagen vereinbart sind, im Gesellschaftsvertrage nur Bareinlagen genannt werden. Staub[44]) kommt zu dem Resultat, daß dies eine Verletzung der genannten Gesetzesvorschrift sei. Denn, wenn auch „das Grundkapital zwar zahlenmäßig richtig" angegeben sei, so sei es „in gewisser Weise materiell falsch" angeführt.

Das KG. vertritt den entgegengesetzten Standpunkt. Wir möchten uns der Ansicht Staubs anschließen; es handelt sich hier nämlich nicht bloß um eine materiell falsche Angabe des Grundkapitals, sondern um eine sehr gefährliche Gesetzesumgehung, da der Wert der Sacheinlagen, wie schon des öfteren erwähnt, sehr schwer zu schätzen ist, namentlich der eines Geschäftes. Aus dieser Gesetzesumgehung entspringt eine große Gefahr für die AG. und deren Gläubiger. Aus diesem Grunde wird der Ansicht Staubs beizutreten sein.

[44]) Staub, Anm. 17 a zu § 186.

β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG.

Nach § 279 müssen für den Fall einer Sacheinlage bei der Kapitalserhöhung der AG. der Gegenstand der Einlage, die Person des Einlegers und der Betrag der dafür zu gewährenden Aktien im Kapitalserhöhungsbeschlusse angegeben werden. Ist dies nicht geschehen, so ist das Sacheinlageversprechen unwirksam. Ist der Kapitalserhöhungsbeschluß als solcher nichtig, so ist selbstverständlich auch das Sacheinlageversprechen nichtig. Bei der Kapitalserhöhung der AG. wird die Sacheinlage nicht übernommen, sondern gezeichnet. Es muß also auch hierfür ein Zeichnungsschein ausgestellt werden. Ist der Zeichnungsschein auf Grund der §§ 281, 189, IV, V ungültig, so ist auch dann das Sacheinlageversprechen unwirksam. Ebenso ist noch darauf hinzuweisen, daß auch in diesem Zeichnungsschein die Bestimmungen des § 279 enthalten sein müssen.[45])

γ) bei der Gründung der GmbH.

§ 5, IV des GmbHG. bestimmt die Vorschriften über den Abschluß eines Sacheinlageversprechens bei der Gründung der GmbH. Wird hiergegen verstoßen, so ist das Sacheinlageversprechen gegenüber der Gesellschaft unwirksam. Nicht aber wird dadurch die Beteiligungserklärung unwirksam. Liegt ein solches unwirksames Abkommen vor, so soll der Registerrichter die GmbH. nicht eintragen. Ist sie trotzdem eingetragen worden, so muß der Sacheinleger seine ganze Einlage in barem Gelde leisten (§ 19, III). Sind der Gesellschaftsvertrag und die GmbH. als solche nichtig (§§ 3, 75 ff.), so ist selbstverständlich auch das Sacheinlageversprechen unwirksam.

δ) Bei der Kapitalserhöhung der GmbH.

Für Sacheinlageversprechen bei der Kapitalserhöhung der GmbH. enthält § 56 GmbHG. entsprechende Vorschriften. Hiernach müssen der Gegenstand der Sacheinlage, die Person des Einlegers und der Geldwert, für welchen die Einlage übernommen wurde, im Kapitalserhöhungsbeschlusse und in der im § 55, I bezeichneten Erklärung angegeben werden; wird hiergegen verstoßen, so ist das Sacheinlageversprechen der GmbH. gegenüber unwirksam. Der Registerrichter hat in diesem Falle den Kapitalserhöhungsbeschluß nicht in das Handelsregister einzutragen. Hat er dies dennoch getan, so muß der Einleger die ganze Einlage in bar leisten, da § 56, II GmbHG. die Vorschrift des § 19, III für entsprechend anwendbar erklärt. Selbstver-

---

[45]) § 281, I Ziff. 3.

ständlich ist das Sacheinlageversprechen auch dann unwirksam, wenn der Kapitalerhöhungsbeschluß auf Grund des § 55 ungültig ist.

§ 14.

c) Verschleierte Sacheinlagen, Nachgründung insbesondere.

Der AG. und der GmbH. sowie deren Mitgliedern und Gläubigern können aus Sacheinlagen, besonders aus der Einlage eines Handelsgeschäftes, große Verluste als Folge falscher Bewertung erwachsen. Besonders besteht die Gefahr, daß Einlagen, die nach Maßgabe der verantwortlichen Personen in bar zu leisten sind, tatsächlich durch Einbringung wertloser Geschäfte oder anderer wertloser Gegenstände verschleiert werden, daß die AG. über den Wert getäuscht oder daß sie das versprochene Bargeld nicht übergeben bekommt, und daß infolgedessen das Grundkapital nicht voll aufgebracht wird.

Um diesen Mißständen abzuhelfen, hat der Gesetzgeber eine große Anzahl von Vorschriften zum Schutze der Gesellschaften und ihrer Mitglieder und Gläubiger festgelegt, bei deren Nichtbeobachtung eine scharfe Haftung der verantwortlichen Personen eintritt. Diese und andere Vorschriften sollen unter 3 dieses Abschnittes näher betrachtet werden.

Als besonders gefährlich hat sich eine Art der Verschleierung von Sacheinlagen erwiesen, die man als Nachgründungsverträge bezeichnet. Unter Nachgründungsverträgen im Sinne des § 207 sind Verträge der Gesellschaft zu verstehen, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen, die dauernd zu ihrem Geschäftsbetriebe bestimmt sind, oder bewegliche Gegenstände für eine ein Zehntel des Grundkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll.[46]) Diese Nachgründungsverträge sind sehr geeignet, für betrügerische Umgehungen des § 186, II, indem die Gründer mit einem Sacheinleger den Erwerb eines Geschäftes heimlich verabreden würden, während sie im Gesellschaftsvertrage angäben, daß dieser Einleger eine Bareinlage leiste. Der Grund hierzu ist darin zu suchen, daß bei der Nachgründung die ganzen Schutzvorschriften, die für den Fall der Gründung der AG. vom Gesetz erlassen sind, und im § 17 unserer Arbeit besprochen werden, wegfallen würden. In diesem Falle brauchten die Gründer keine Gründerberichte abzufassen, ebensowenig Vorstand und Aufsichtsrat oder Revisoren den Bericht zu prüfen.

[46]) Brand, S. 336, 2.

Die durch die Einlage des Geschäftes entstehende Rechtslage im Einzelnen.

3. Haftungs- und Schutzmaßnahmen.

§ 15.

a) Haftung für Sacheinlagen.

α) Bei der Gründung der AG.

Im Vorhergehenden ist bereits dargetan, daß es für den Fall der Einlage eines Geschäftes in die AG. viele Möglichkeiten gibt, durch die der AG., ihren Mitgliedern und Gläubigern ungeheurer Schaden verursacht werden kann. Das hat der Gesetzgeber in Deutschland klar erkannt und daher in besonders strenger Weise Vorkehrungen getroffen, um derartige Vorkommnisse zu verhindern. Sollten sie aber trotzdem vorliegen, so sieht das Gesetz zahlreiche Vorschriften für die Haftung vor, so daß die AG. sich in den meisten Fällen schadlos halten kann. Nur der AG. selbst gibt das Aktienrecht den primären Anspruch auf Grund der §§ 202 ff. Eine weitere Beschränkung der Haftung gibt das Gesetz dadurch, daß es die Haftung auf die in den §§ 202 ff. angegebenen Fälle beschränkt und andere Haftungsgründe ausschließt.

Der Kreis der verantwortlichen Personen ist sehr weit gezogen. Im einzelnen bestimmt das Gesetz folgende Personengruppen: Die Gründer (§ 202, I, II, III), die Gründergenossen (§ 202, IV), die Emissionsbanken (§ 203) und endlich die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates (§ 204).

A. § 202, I—III bestimmt die Haftung der Gründer in verschiedener Weise: Sie haften

a) für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die sie in Ansehung der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der in § 186 vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen (§ 202, I, 1);
b) für böswillige Schädigungen durch Sacheinlagen und Uebernahmen in der im § 186 bezeichneten Art (§ 202, I, 2);
c) für den der Gesellschaft durch die Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs erwachsenen Schaden (§ 202, III).

Zu a) In diesem Falle trifft außer dem Ersatze des sonst entstandenen Schadens die Gründer insbesondere die Verpflichtung zur Uebernahme eines an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrages, zur Leistung fehlender Einlagen und zum Ersatz einer Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist. Sie haften als Gesamtschuldner, da sie ja auch die Berichte unter gemeinsamer Verantwortung herausgeben müssen (§ 191, I).

Zu b) Auch hier haften alle Gründer als Gesamtschuldner, wenn auch nur einer von ihnen böslich geschädigt hat (§ 202, I, 2).

Zu a b) Von diesen Haftungen kann sich ein Gründer exkulpieren, wenn er nachweisen kann, daß er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die böslichen Schädigungen weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußte (§ 202, II).

Zu c) Auch hier haften die Gründer als Gesamtschuldner. Jedoch trifft hier die AG. die Beweislast dafür, daß der einzelne Gründer die Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs tatsächlich kannte; kennen müssen genügt hier nicht (§ 202, III).

B. Gründergenossen: Als solche haften:

a) diejenigen Personen, welche eine Vergütung empfangen haben, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, wenn er zur Zeit des Empfanges wußte oder nach den Umständen annehmen mußte, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war (§ 202, IV, Ziffer 1);

b) jeder Dritte, welcher zur Verheimlichung wissentlich mitgewirkt hat (§ 202, IV, Ziffer 2).

Zu a b) Die Gründergenossen haften ebenfalls mit den Gründern als Gesamtschuldner.

C. Emissionsbanken: Banken, welche vor der Eintragung der Gesellschaft oder innerhalb der ersten zwei Jahre nach der Eintragung derselben einen Prospekt erlassen, um Aktien der Gesellschaft in den Verkehr einzuführen, haften mit den im § 202 genannten Personen gesamtschuldnerisch nach § 203:

a) für Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben der Gründer, die im Prospekt der Emissionsbanken enthalten sind;

b) für bösliche Schädigungen durch Sacheinlagen und Uebernahmen seitens der Gründer, wenn sie die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die bösliche Schädigung kannten oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußten.

D. Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates haften der AG. gesamtschuldnerisch für den Schaden, der daraus entsteht, daß sie bei der ihnen durch die §§ 192, 193 auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes außer Acht gelassen haben. Sie haften jedoch nur subsidär, also nur dann, wenn der Ersatz des Schadens von den nach den §§ 202, 203 verpflichteten Personen nicht zu erlangen ist (§ 204).

Um jeden Schwindel und Mißbrauch auszuschalten, bestimmt der Gesetzgeber im § 205 noch ausdrücklich, daß Vergleiche und Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der

Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§ 202 bis 204 verpflichteten Personen betreffen, erst nach dem Ablauf von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig sind; ferner sind sie unzulässig, sofern in der Versammlung eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung findet keine Anwendung, wenn sich der Verpflichtete im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht (§ 205).

Nach § 206 verjähren die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§ 202—204 verpflichteten Personen in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an. Erwirbt die AG. innerhabt der ersten zwei Jahre nach der Eintragung Vermögensgegenstände auf Grund einer vor ihrer Eintragung von Gründern getroffenen Vereinbarung, so finden die §§ 202, 205, 206 Anwendung (§ 208).

β) bei der späteren Kapitalserhöhung der AG.

Da bei der Kapitalserhöhung der AG. die Aktiengesellschaft ja bereits Rechtspersönlichkeit erlangt hat, also in eigenem Namen handeln kann, und insbesondere von vornherein verantwortliche Organe da sind, braucht hier der Gesetzgeber nicht so scharfe Bestimmungen über die Haftung für Sacheinlagen zu erlassen. Aus diesem Grunde finden in der Hauptsache die Vorschriften des Privatrechtes über die Haftung aus Verträgen Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 241 ff. und 249 für die Haftung des Vorstandes und Aufsichtsrates Spezielles ergibt.

γ) bei der Gründung und Kapitalserhöhung der GmbH.

Auch für Sacheinlagen bei Gründung und Kapitalserhöhung der GmbH. findet grundsätzlich das BGB. Anwendung, da das GmbHG. keine Haftungsvorschriften für Sacheinlagen enthält. Zu beachten ist jedoch hierbei die Vorschrift des § 19, III GmbHG., wonach die Leistung des Geschäftes den Einleger nur von seiner Verpflichtung befreit, wenn der Vorschrift des § 5, IV GmbHG. entsprochen ist. In diesem Zusammenhang sei auch noch auf § 46, Ziffer 8 GmbHG. hingewiesen.

§ 16.

b) Kaduzierung und Einziehung.

Zahlt ein Aktionär oder Gesellschafter nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist den auf die Aktien oder die Stammeinlagen zu leistenden Betrag nicht ein, so kann der säumige Aktionär oder Gesellschafter seines Anteilsrechtes oder Geschäfts-

anteiles und der geleisteten Einzahlungen zugunsten der Gesellschaft für verlustig erklärt werden. Dieses Recht der Aktiengesellschaft oder GmbH. nennt man Kaduzierungsrecht.

Unter Amortisation oder Einziehung von Aktien oder Geschäftsanteilen versteht man dagegen solche Rechtsakte der Gesellschaft, durch die einzelne Aktionärrechte oder Anteilsrechte nichtig werden oder untergehen.[47])

Im Folgenden soll nun ausgeführt werden, ob und wann diese beiden Rechtsinstitute bei der AG. und bei der GmbH. auf Sacheinlagen angewendet werden können.

α) Bei der Aktiengesellschaft.

Bei Einlage des Geschäftes eines Einzelkaufmannes kann die Kaduzierung von der AG. nicht angewendet werden, da die §§ 218—220 sich nur auf reine Bareinlagen beziehen. Dagegen ist die Einziehung oder Amortisation des Anteilsrechtes auch auf die Einlage des Geschäftes anwendbar. Jedoch ist hier, wie überhaupt für die Möglichkeit der Einziehung, erste Voraussetzung, daß die Einziehung im Gesellschaftsvertrage angeordnet und gestattet ist.[48])

Soll die Einziehung nicht aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgen, sondern aus dem Grundkapital, so sind außer den Vorschriften des § 227 auch noch die des § 288 über die Herabsetzung des Grundkapitals zu beobachten. Die Einziehung kann mittels Auslosung, Kündigung oder durch einen Kauf erfolgen (§ 227).

β) Kaduzierung und Einziehung bei der GmbH.

Nach dem Wortlaut des § 21 steht es fest, daß die Kaduzierung bei reinen Bareinlagen zulässig ist; e contrario kann man für reine Sacheinlagen die Kaduzierung für unzulässig halten.[49]) Jedoch ist Scholz der Ansicht, daß das Kaduzierungsverfahren für reine Sacheinlagen zulässig ist, wenn es im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wurde. Bestritten ist, ob das Kaduzierungsverfahren auf gemischte Sach-Bareinlagen angewendet werden kann, ohne daß es im Gesellschaftsvertrage vorgesehen war. Auf diese Streitfrage brauchen wir hier nicht einzugehen, da wir unter § 5 b dieser Arbeit bereits ausgeführt haben, daß das Geschäft eines Einzelkaufmannes eine reine Sacheinlage ist. Das Geschäft muß selbst dann nicht zur gemischten Sach-Bareinlage werden, wenn wegen Ueberwertung desselben

[47]) RG. JW. 1908, 310.
[48]) § 227.
[49]) RGZ. 68, 271; Staub-Hachenburg, Anm. 1 zu § 21; Liebmann-Saenger, Anm. 2 zu § 21; Scholz, S. 25, 255 und Neukamp-Becker, Anm. 1 zu § 21.

der Einleger des Geschäftes den Fehlbetrag in Geld leisten muß.

Nach § 34 GmbHG. ist die Einziehung von Geschäftsanteilen bei der GmbH. unter der Voraussetzung für zulässig erklärt, daß sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist. Außerdem ist in der Regel die Zustimmung des Anteilsberechtigten erforderlich. Sie ist also auch unter den genannten Bedingungen auf die Einlage des einzelkaufmännischen Geschäftes anwendbar.

§ 17.

c) Schutzmaßnahmen.

Im Folgenden sollen nun die Schutzvorschriften behandelt werden, und zwar der Einfachheit halber in der Reihenfolge des Gesetzes.

α) Für die AG. unter Berücksichtigung der Nachgründung.

Erfolgt die Gründung der AG. durch Successivgründung, so ist zu beachten, daß die Angaben über Sacheinlagen, die nach § 186, II im Gesellschaftsvertrage enthalten sein müssen, nach § 189, III Ziffer 1 in jedem nach § 189, II erforderlichen Zeichnungsschein enthalten sein müssen.

§ 191, I bestimmt, daß die Gründer im Falle von Sacheinlagen in einer schriftlichen Erklärung — dem Gründerbericht — die wesentlichen Umstände darzulegen haben, von welchen die Angemessenheit der für die einzulegenden Gegenstände gewährten Beträge abhängt. Nach Absatz 2 desselben Paragraphen haben die Gründer hierbei die vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezielt haben, ferner die Erwerbs- und Herstellungspreise aus den letzten beiden Jahren und die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Geschäftsjahren anzugeben. Nach § 192, I hat im Falle einer Sacheinlage eine Prüfung des Gründungsherganges stattzufinden, und zwar durch die Mitglieder des nach § 190 gewählten Vorstandes und Aufsichtsrates. Außerdem hat nach § 192, II eine Prüfung durch besondere Revisoren stattzufinden.

Diese Bestimmungen werden verschärft durch § 193, I, der ausdrücklich anordnet, daß die Prüfung sich auch insbesondere auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrekken habe, die in Ansehung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern gemacht sind. Satz 2 schreibt vor, daß der Inhalt der im § 191 bestimmten Erklärung auch in der Richtung zu prüfen ist, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten Gegenstände gewährten Beträge Bedenken obwalten. Nach Absatz 2 des § 192 ist über die Prüfung und Darlegung der im Absatz 1 bezeichneten Umstände schriftlicher

Bericht zu erstatten. Wenn die Revisoren durch die Handelskammer bestellt worden sind, so haben sie bei dieser ein Exemplar des Berichtes einzureichen; die Einsicht des eingereichten Berichtes ist jedem gestattet (§ 193, III).

Nach § 195, II Ziffer 2 sind der Anmeldung zum Handelsregister im Falle des § 186 die Verträge, welche den dort verzeichneten Festsetzungen zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, und die im § 191 vorgesehene Erklärung beizufügen. Nach Ziffer 5 sind auch die gemäß § 193, II erstatteten Berichte nebst ihren urkundlichen Grundlagen sowie im Falle des § 193, III die Bescheinigung, daß der Prüfungsbericht der Revisoren bei der Handelskammer eingereicht ist, der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen. Auch im § 196, IV, V sind die Abstimmungen für den Fall von Sacheinlagen sehr erschwert. Zu einer Erweiterung der im § 186 vorgesehenen Festsetzungen zu Lasten der Gesellschaft ist nach § 196, V, 1 sogar Einstimmigkeit der erschienenen Aktionäre erforderlich. Nach § 199, I Ziffer 1 sind in die Veröffentlichung, durch die die Eintragung bekanntgemacht wird. auch die in den §§ 186 ff. bezeichneten Festsetzungen über Sacheinlagen aufzunehmen. Zugleich ist auch nach § 199, II bekanntzumachen, daß die mit der Anmeldung der Gesellschaft eingereichten Schriftstücke, insbesondere der Prüfungsbericht des Vorstandes, des Aufsichtsrates und der Revisoren bei Gericht eingesehen werden können. Im Falle des § 193, II ist ferner bekanntzumachen, daß der Prüfungsbericht der Revisoren auch bei der Handelskammer eingesehen werden kann.

Nach § 284, II Ziffer 2 müssen der Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses zum Handelsregister im Falle des § 279 die Verträge, welche den dort bezeichneten Festsetzungen zugrundeliegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen sind, beigefügt werden. Nach Absatz 4 sind diese Schriftstücke bei dem Gericht in Urschrift oder beglaubigter Abschrift zu bewahren.

Dem Schwindel der Nachgründungsverträge hat der § 207 einen Riegel vorgeschoben. Er bestimmt nämlich, daß diese Nachgründungsverträge zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Generalversammlung bedürfen, falls sie innerhalb der ersten zwei Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen sind. Vor der Beschlußfassung der Generalversammlung muß der Aufsichtsrat den Vertrag prüfen und über die Prüfung einen schriftlichen Bericht erstatten. Die Beschlußfassung bedarf qualifizierter, nämlich einer Dreiviertelmehrheit. Erfolgt sie im ersten Jahre nach der Gründung, so muß die zustimmende Mehrheit außerdem ein Viertel des gesamten Grundkapitals vertreten. Ist die Zustimmung erfolgt, so muß der Vorstand den Beschluß mit dem Berichte des Aufsichtsrates nebst dessen urkundlichen Grundlagen zum Handelsregister der Hauptniederlassung einreichen.

Hat die AG. den Erwerb von Grundstücken zum Gegenstand ihres Unternehmens, ist sie z. B. eine Bau- und Terraingesellschaft, so finden die Vorschriften der Einschränkung der Nachgründungsverträge keine Anwendung.

In diesem Zusammenhange sei auf die §§ 266—270 verwiesen, nach denen auch noch nach der Eintragung eine Revision des Gründungshergangs eingeleitet und durchgeführt werden kann.

β) Schutzmaßnahmen für die GmbH.

Ist ein Handelsgeschäft bei der Gründung der GmbH. eingebracht worden, so müssen die nach § 5/IV GmbHG. darüber getroffenen Festsetzungen in die Veröffentlichung aufgenommen werden, durch welche die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt.[50])

Wird die Kapitalserhöhung zum Handelsregister angemeldet, so müssen die im § 55/I bezeichneten Erklärungen beigefügt werden.[51])

Bei der GmbH. befreit die Einlage eines Geschäftes den Gesellschafter nur dann von der Einlagepflicht gegenüber der Gesellschaft, wenn dies gemäß § 5 IV GmbHG. im Gesellchaftsvertrage festgesetzt ist. (§ 19 III GmbHG.) Ein Einlagevertrag, der dieser Bestimmung zuwider geschlossen ist, ist nach § 134 BGB. nichtig.

---

[50]) § 10/III GmbHG.
[51]) § 57/III, Ziff. 1.

C.

Schluß.

§ 18.

Strafvorschriften.

Nachdem unter B in dieser Arbeit die privatrechtlichen Verhältnisse als Folge der Einbringrung des Geschäftes eines Einzelkaufmanns in eine AG. oder GmbH. bei der Gründung und bei der späteren Kapitalerhöhung erörtert worden sind, soll hier auch noch die strafrechtliche Seite dieser Materie gestreift werden.

Die Strafbestimmungen des Aktienrechtes sind in den §§ 312 ff. enthalten. Für die Gründung und Kapitalserhöhung der AG. hat das Gesetz ganz spezielle Strafvorschriften im § 313 aufgestellt.

Nach dieser Vorschrift werden unter anderem bestraft:

1. Gründer oder Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates, die zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in Ansehung der Festsetzungen über Sacheinlagen wissentlich falsche Angaben machen.
2. Die verantwortlichen Herausgeber von Prospekten, welche bezüglich der Sacheinlagen wissentlich falsche Angaben in ihrem Prospekte machen.
3. Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, die zum Zwecke der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals in Betreff der Festsetzungen über Sacheinlagen wissenlich falsche Angaben machen.

Nach der Rechtsprechung des RG. gilt das Vergehen als vollendet mit der Einreichung der Schriftstücke bei dem Gerichte zum Zwecke der Eintragung.[1]) Als Strafen sind Gefängnis bis zu fünf Jahren[2]) und zugleich Geldstrafen bis zu 20 000 Mark vorgesehen. Ebenso kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden (§ 313/II). Bei mildernden Umständen tritt nur Geldstrafe ein (§ 313/III).

---

[1]) RGSt. 37, 27.
[2]) § 16/I RStrGB.

Das GmbHG. enthält für Betrügereien bei Sacheinlagen keine speziellen Strafvorschriften. Es haben also nach unserer Ansicht die allgemeinen Vorschriften des RStr.GB. Anwendung zu finden. Hier kommen vor allem die Vorschriften über Betrug und Untreue in Frage.

Wie wir unter § 9 dieser Arbeit ausführlich dargetan haben, können nach unserer Ansicht die §§ 7/II, 8/II auf Sacheinlagen nicht angewendet werden; deshalb kann auch die Vorschrift des § 82/I Ziff. 1 GmbHG. auf Sacheinlagen keine Anwendung finden.

Das RG. vertritt allerdings in diesem Punkte einen anderen Standpunkt, jedoch zu Unrecht.